أركان الطلاق

تأليف
الدكتور / محمد إسماعيل عيساوي أبو الريش
جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون

١٩٨٠

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة المؤلف

الحمد لله ذى الجلال الذى عجزت عن إدراك كنهه عقول العارفين ، والكمال الذى قصرت عن احصاء ثنائه ألسنة الواصفين . والقدرة التى وجلت من رهبتها قلوب الخائفين . والعظمة التى عنت لعزتهـا وجوه الطائفين والعاكفين . والعلم الذى أحاط بما فوق العرش إلى أطباق الثرى ، والحكمة التى ظهر أثرها فى كل ما نشأ وذرأ وبرأ مما نرى ومما لا نرى ، والرحمة الواسعة التى شملت أكنافهـا جميع الورى ، والنعمة السابغة ، والحجة البالغة ، والسطوة الدامغة ، لمن كذب وافترى ، سبحانه من مليك لم يخلق عباده عبثا ولم يتركهم سدى ، بل أرسل الرسل مبشرين ومنذرين . وداعين إلى الحق والهـدى ، ثم ختم الرسالة بنبينا محمد صلى الله عليه وسلم صاحب الدعوة التامة ، والرسـالة العامة ، إلى الإنس والجان ، والملة الناسخة لجميـــع الأديان . والشريعة الباقيـة إلى آخر الزمان . والآيات البينة والأدلة القاطعة الساطعة البرهان ، وأنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان ، وجعله معجزة ظاهرة للعيان . متجددة ما اختلف الملوان وتعاقبت الأزمان ، حتى قبضه الله إليه حين أكمل به الدين ، وأوضح السبيل المستبين ، وقامت به حجة الله على الخلق أجمعين . وظهر فى الوجود مصداق قوله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » فصلى الله عليه وسلم ، وتبارك وترحم ، وشرف وكرم وعلى آله الطاهرين وأصحابه الأكرمين .

« أما بعـــد »

فهذا بحث فى الطلاق إخترناه لكونه يشكل جانبا كبيرا من الحياة الاجتماعية

ولكونه يقتضى هذا البحث تجدد معالمه وأركانه وأسسه وبنيانه ، فيعرف به أحكام الطلاق ، من حلاله وحرامه ، لينتفع به كل من اضطلع عليه فتعم الفائدة ، ويكون الانسان على بينة من أمره فيما يتلفظ به جادا أو هازلا .
ونرجوا أن ينفعنا الله به ويجزل لنا الأجر والمثوبة وهو حسبي ونعم الوكيل .

الدكتور
محمد اسماعيل عيساوى أبو الريش

بسم الله الرحمن الرحيم

الباب التمهيدى

الطلاق لغـــة واصطلاحا

هو فى اللغة الإرسال ، يقال ناقة طالق إذا كانت مرسلة بلا قيد أى مخلاة ترعى وحدها ، ومعناه الحل والانحلال ، يقال أطلقت الأسير إذا حللت أسره وخليت عنه فينطلق ويذهب إلى سبيله ، وإذا تكلمت فى انسياب دون أن تجعل لكلامك حدود أو تضع له قيود تقول ، أطلقت القول أى أرسلته بدون قيد ولا شرط ، وطلقت المرأة طلاقا إذا تحللت أى أحلها زوجها من قيود النكاح فتكون مرسلة من نكاحها ، لانحلال عقدة النكاح بلفظ الطلاق (١) .

تعريف الطلاق فى الاصطلاح :

وأما تعريفه فى الاصطلاح فانه يختلف باختلاف وجهة نظر الفقهاء لا من حيث مضمونه وهدفه ، بل من حيث زيادة ألفاظ التعريف وقلته واحتواء التعريف على المعرفة كما سيأتى بعد ذلك .

تعريفه عند الحنفية :

عرفه صاحب تبين الحقائق بأنه رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح (٢) شرح التعريف « رفع » ضد الإثبات ، ورفع هنا جنس فى التعريف بمعنى أنه يشمل رفع القيد المعنوى ورفع القيد الحسى ، « وقوله شرعا » يخرج أو يحترز به عن

---

(١) المصباح المنير ص ٥٧٤ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٢ ص ١٨٨ ط دار المعرفة ببيروت .

القيد الثابت حساً ، وأطلقت أسيرى ، وقوله شرعا يحترز به عن إزالة قيد النكاح بطريق العقل ، لأن اللفظ مقصود ، وطريقة الإيقاع مقصودة ، وذلك لا يعرف إلا عن طريق الشرع ، وقوله بالنكاح يحترز به من العتق لأنه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح .

وقال الكمال فى تعريفه للطلاق ، هو رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص ، وهو ما اشتمل على مادة ط . ل . ق صريحا كانت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف . وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتى وغيرها ، كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع ، فخرج تفريق القاضى فى إبائها وردة أحد الزوجين ، وتباين الدارين حقيقة أو حكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا ، فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة إليه فإن كونه فى المحل من شرط وجوده لا دخل له فى حقيقته والتعريف لمجردها ، وقوله ولكن استعمل فى النكاح ، قال الكمال واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال أطلقت بعيرى وأسيرى وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك اخبارا عن أول طلقة أوقعها فليس فيه إلا التأكيد أما إذا قاله فى الثانية فللتكثير كغلقت الأبواب ، وقوله وهو زوال الملك عن المحل ، أى مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن (١) .

تعريفه عند الشافعية :

هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه (٢) ، شرح التعريف ، ،

---

(١) حاشية الشيخ الشلبى بهامش تبين الحقائق ج ٢ ص ١٨٨ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٩ ط الحلبى .

ا — حل العقد يعد جنس فى التعريف يشمل سائر العقود كعقد البيع والإجارة والعارية والهبة بمعنى أنه يشمل العقد الذى ينعقد بإرادة الطرفين أو الذى ينعقد بإرادة طرف واحد .

ب — ووصف العقد بأنه عقد النكاح ، يخرج سائر العقود ويقصر الحل على عقد النكاح فحسب .

حـ — بلفظ الطلاق ونحوه ، يخرج حل العقد المتقدم بغير الطلاق كالفسخ والتفريق بموجب اللعان والردة وفسخ النكاح بمقتضى خيار البلوغ وعتق الأمة .

وقد عرفه الإمام النووى بأنه تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح (١) . وتعريف النووى يشعر بعدة أشياء منها :

أولا : تعريفه الطلاق بأنه تصرف مملوك للزوج يشعر بأنه لا ينبغى لأحد أن يوقع الطلاق سوى الزوج ، لأنه مقصوراً عليه ، فلا يتعداه إلى غيره إلا إذا تنازل عنه بمحض إرادته ومطلق اختياره كجعل العصمة بيدها أو التوكيل بإيقاع الطلاق .

ثانيا : لا ينبغى لإيقاع الطلاق عند النووى أن يكون مسببا بل الزوج أن يوقعه بسبب وبدون سبب وهذا يعتبر أثراً للملكية هذا التصرف للزوج ، إذ القواعد العامة تخول للشخص أن يتصرف فى خالص الحق المملوك له .

ثالثا : وقوله يقطع النكاح يشعر إلى أن المقصود بالقطع هو عقد النكاح دون غيره من العقود الأخرى ، لأن كل عقد له طريق خاص بإزالته أو بانعقاده .

تعريفه عند الحنابلة :

هو حل قيد النكاح (٢) شرح التعريف ، وهذا التعريف يشعر بالمعانى الآتية

---

(١) المرجع السابق .　　(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٩٦ .

أنه راعى المعنى اللغوى فى المعنى الاصطلاحى وهو الحل ، وقوله قيد النكاح يعبرون بالأثر الناتج عن عقد النكاح بأنه قيد يزيله الطلاق ، ويخرج ما عدا قيد النكاح من الرجوع فى عقود التبرعات ونحو ذلك .

تعريفه عند المالكية :

فقال ابن عرفة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذى رق حرمتها عليه قبل زوج (١) ، شرح التعريف ، صفة حكمية ، معناها ترتب الأثر الناتج عن لفظ الطلاق وما فى معناه فكأنه قصد الشىء المعنوى وهو عملية أو معنى حل العصمة لأنه هو الأثر الناتج عن اللفظ ، وتعبيره بأنها صفة حكمية يخرج الشىء المحسوس لأن حل العصمة يعتبر شيئاً معنوياً لا يدرك بالحس وإن كان يعبر عنه بلفظ ملفوظ به أمام الزوجة وهو بهذا عبر بالتأثير وأراد المؤثر ، وهذه الصفة مقتضاها الرفع وهو ضد الاثبات ، لأن الاثبات يقتضى وجود شىء ولكن مقتضى الطلاق نفى شىء قائم أو دفعه ، ولعله قصد بالمتعة النكاح السابق ، أو العقد الذى ترتبت المتعة بمقتضاه ، وقوله ، يوجب تكررها مرتين للحر ومرة لذى رق ، الضمير فى تكررها عائد على الصفة الحكمية وكان ينبغى أن يقول تكررها ثلاث للحر ومرتين لذى رق ولكنه ربما عبر بطريقة انقاص حق الرقيق بدلا من مرة ونصف وتجبر إلى مرتين ، لعله أسقط النصف الزائد للرق على المرة ، وأسقط مرة للحر وربما قصد بهذا الطلاق الرجعى الذى يمكن رجوع الزوجة إلى زوجها بعده أخذاً من

---

(١) من الفواكه الدوانى شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكى الأزهرى على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المالكى جـ ٢ ص ٥٧ ط الحلبى ١٣٧٤ هـ .

قوله تعالى « الطلاق مرتان » وهذا بشأن الحر فيتنصف لذى الرق ولم ينظر إلى قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

المقارنة بين التعاريف :

ا — أجمعت التعاريف السابقة على أن الطلاق يقتضى إزالة عقد النكاح الثابت بين الزوجين وإن اختلفت العبارات فى ذلك فمن قائل يقول بأن الطلاق هو حل عقدة النكاح وهو لفظ الشافعية والحنابلة وكلام الأحناف والمالكية بأنه رفع ، وأيما كان فالرفع والحل كلاهما بمعنى واحد هى الإزالة .

ب — وأجمعوا أيضا على أن الحل أو الرفع لا يكون إلى بطريق شرعى والسر فى هذا هو أن عقد النكاح ثبت بطريق الشرع واقتضى تعدد أركانه من صداق وشهود وزوج وزوجة فكذا عقد الطلاق الذى يزيل عقد النكاح لا يكون إلا بنفس الطريق الذى ثبت به عقد النكاح ، وينبنى على هذا أن النكاح لا ينعقد إلا بألفاظ معينة فكذا الطلاق لا يقع ولا ينتج آثاره إلا بألفاظ معينة صريحة أو كناية .

حـ — وأجمعوا أيضا على أن العقد الذى يزيله الطلاق لابد وأن يكون نكاحا صحيحا وإن اختلفت العبارات فالمالكية يقولون إزالة متعة الزوج وهذه المتعة المزالة بمقتضى الطلاق لا تكون نتيجة لنكاح صحيح ، إن كان الشافعية يصرحون بأنه حل عقدة النكاح ومعهم الحنابلة .

ولكن الناظر فى هذه التعاريف يجد وإن أجمعت على أن الطلاق حل عقد النكاح لكنهم أغفلوا جميعا المطلق وهو الزوج فلم نجد تعريفا من التعاريف السابقة قد صرح بذكر المطلق إلا إذا كانوا يقصدون بأن الحل أو الرفع لابد له من مزيل للعقد أو لرافع له ، ولكن ينبغى أن تكون التعاريف صادقة تماما

على المعرف بمعنى أن تكون جامعة لسائر أفراد المعرف وخلوها عن ذكر المطلق يعتبر خارج عن التعريف المنطقى، وأيضا لم يصرحوا بذكر المطلقة وهى الزوجة وإن كان بعض التعاريف كالمالكية قد صرحوا بأنه رفع المتعة والمتعة لا تكون إلا من زوج وزوجة وهذا لا يعتبر تصريحا بذكر المطلقة ، وأيضا الناظر فى تعريف الحنفية يجده قد خلا من ذكر اللفظ الدال على رفع العقد وكذا تعريف المالكية والحنابلة إلا الشافعية فقد ذكروا بأن حل قيد النكاح لايكون إلا بلفظ الطلاق وكذا تعريف الكمال من الحنفية . وينبغى أن تكون سائر التعاريف متضمنة سائر الأركان التى ينعقد بها الطلاق من مطلق ومطلقة وصيغة وقصد وغير ذلك .

وبهذا يمكن تعريف الطلاق بأنه : رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص قصداً يقع من أهله فى محله ، ويكون التعريف حينئذ قد اشتمل على اللفظ الذى يقع به الطلاق والقصد ، والمطلق ، وكونه أهلا لإيقاع الطلاق ، والمطلقة وهى محل عقد الطلاق .

التكييف الشرعى الطلاق

والمراد بالتكييف الشرعى إلحاق الصفة الشرعية به وإعطاءه الذى يتناسب معه ، لأن كل عقد من العقود الذى يقوم الشخص بإبرامها أو فعل من الأفعال ، سواء كان الفعل دنيوى أو أخروى لابد وأن يكون له وصف يميزه عن غيره ، لأن فى تمييزه عن غيره قطع لاختلاط الأوصاف ومنعا من تداخل أحكام الأفعال ومن ثم فالطلاق فعل له ما لسائر الأفعال وينبنى على وقوعه أو إيقاعه أحكاما لابد من بيانها لكى يكون الشخص فى مأمن من عاقبة أمره ، وبالنظر فإن المراد بالتكييف الشرعى للطلاق ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوبا فعله أو مطلوبا

تركه فإن كان مطلوب الفعل فإما أن يكون على سبيل الجزم وإما أن يكون ليس على سبيل الجزم فإن كان على سبيل الجزم فهو الواجب وإن كان على غير سبيل الجزم فهو المندوب ، وإن كان مطلوب الترك فقد يكون على سبيل الجزم وقد يكون طلب تركه على غير سبيل الجزم فإن كان الترك على طريقة الجزم فهو الحرام ، وإن كان على غير سبيل الجزم فهو المكروه ، وإما أن يتساوى فعله وتركه بمعنى أن لا يترجح أحدهما على الآخر فهو المباح ، وعلى ذلك فقد يكون الطلاق واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها أو مباحا .

١ ـ الطلاق الواجب :

يكون الطلاق واجباً إذا عاد الزوج على موضوعه بالنقض وذلك كما إذا كان الزوج فاقد الطاقة الجنسية بأن يكون عنينا أو مجبوبا ففى هذه الحالة لايستطيع إنجاب ولد ولا يمكنه تحصين فرج لعدم قدرته على التلاقى مع امرأته تلاقيا كاملا منتجا وإذا كان الأمر كذلك وجب التفريق، قال تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته »(١) .

وكما يكون واجبا فى حالة فقد الطاقة الجنسية يكون أيضا واجبا إذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق بينهما بحيث عجز الحكمان عن إزالته ورأيا أن التفريق أجدى وأحسن .

وإنما يكون الطلاق فى هذه الحالة واجب دفعا للضرر الذى يحيق بكل الزوجين فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر واجب قال صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار »(٢) وهذا الحديث إخبار فى اللفظ

(١) سورة النساء ١٣٠ .

(٢) نيل الاوطار للشوكانى ج ٣ ص ٣٢٨ ط الأزهرية

ولكنه نهى فى المعنى أى لا يضر بعضكم بعضا والنهى العارى من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل إلى ترك هـذا الحرام فيما نحن فيه إلا بالطلاق ويكون الطلاق واجبا فإن ما لا يترك الحرام إلا به يكون واجبا فالطلاق واجب، وصفة الوجوب تتحقق فى طلاق المولى بعد التربص إذ أبى الفيئة أى الرجوع إلى زوجته بعد المدة المحددة بالقرآن، لقوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم» (١) والمولى فى هذه المرحلة مادام لم يفىء ويرجع إلى زوجته صار الطلاق واجبا عليه، لأنه لا يمكن الفكاك إلا به ومن قبله (٢).

٢ — الطلاق المندوب :

يكون مندوبا على معنى أن فعله يترجح على تركه ولا إثم فى عدم الفصل وذلك فيما يأتى :

ا — حدث بين الزوجين ثغرة لم تصل إلى الحد الذى ييأس من علاجه.

ب — إذا آذت المرأة زوجها أو آذت أهله أو آذت غيرهم بقولها أو فعلها.

حـ — إذا فرطت الزوجة فى حقوق الله كأن تركت الصلاة مثلا عمدا دون أن تجحد فرضيتها أو انحرفت فى سلوكها فالطلاق فى هذه الحالة مندوب عند الفقهاء.

قال أحمد بن حنبل لا ينبغى للزوج إمساكها وذلك لأن فيـه نقصا لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه بإلحاقها به ولدا ليس هو منه ولا بأس بعضلها فى هذه الحالة والتضييق عليها لتفتدى نفسها، قال تعالى «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦، ٢٢٧.

(٢) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٩٧ مسلم حـ ٣ ص ٦٦٠ ط الشعب النووى.

ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة »(١) وقد ذكر ابن قدامه فى المغنى أن الاقدام على الطلاق فى ترك المرأة للصلاة وفى انحراف سلوكها يحتمل أنه واجب .

٣ — ويكون الطلاق حراما :

إذا كان فى الحيض أو فى طهر جامعها فيه ، فقد أجمع الفقهاء على تحريم ذلك وسموه طلاق البدعه لأن المطلق خالف السنة . فقد حدثنا يحى بن يحى التميمى قال قرأت عن مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن أن يمس فتلك العدة التى أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء (٢) يشير به إلى قوله تعالى « يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »(٣) فالطلاق فى العدة كما أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم هو الطلاق فى الطهر الذى لا مساس فيه وهذا واجب كما هو مقتضى الآية الكريمة لأن لفظ طلقوهن أمر والأمر يقتضى الوجوب إذا عرى عن القرائن ومخالفة الواجب حرام ، فالتطليق فى الحيض أو فى طهر فيه مساس مخالفة للواجب الذى أمر الله به ومخالفة الواجب حرام (٤).

٤ — الطلاق المكروه :

وهو الطلاق من غير حاجة إليه . وقال القاضى فيه روايتان . إحداهما أنه

---

(١) سورة النساء آية ١٩ .
(٢) رواه مسلم ﺟ ٣ ص ٥٦٩ ط الشعب رقم ١ .
(٣) سورة الطلاق آية ١ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ﺟ ٢ ص ٣٤٧ .

محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته واعدام المصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كاتلاف المال، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم «لاضرر ولا ضرار» والثانية أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفي لفظ ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود (١) وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة إليه، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالا ولأنه مزيل النكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها.

٥ — الطلاق المباح :

وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها. وهذا النوع مثار اختلاف الفقهاء فقد اختلفوا على رأيين، رأى يقول بأنه مباح ورأى يقول بأن الطلاق لا يمكن أن يكون مباح.

دليل القائلين بالإباحة :

قوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن» (٢) ونفي الجناح يستلزم رفع الإثم المتولد من الفعل المسلط عليه رفع الجناح وهو مسلط وقوع الطلاق فدل هذا على إباحة الفعل وصحة وقوعه.

إن الرسول صلى الله عليه وسلم «طلق حفصه ثم راجعها» وكذلك فعل الصحابة، وروى أن رجلا أراد أن يطلق امرأته بغير ذنب منها يسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى إذا سرحها بالاحسان وهو أن يعطى لها مهرها ونفقة عدتها لما روى عن الحسن بن على أنه كان كثير النكاح كثير الطلاق فقيل له في ذلك

---

(١) مسلم ج٣ ص٦٦٠ في الشرح ط الشعب، نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٧.
(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦

فقال لأنى أحب الغنى والله تعالى جمع الغنى فى هذين النكاح والطلاق أما النكاح فقد قال الله تعالى « أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » (١) وأما الطلاق فقد قال الله تعالى « وأن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » (٢) وكتب قاضيخان فى باب النفقة فى فصل حقوق الزوجين رجل يريد أن يطلق امرأته بغير ذنب أن أوفاها المهر ونفقة العدة وسع له ذلك لأنه تسريح بإحسان ، وقوله صلى الله عليه وسلم أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، قال الكمال رحمه الله تعالى وأما وصفه فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على مارواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على إباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى إلا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحى ولا يلزم ذلك وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لأن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه ولم يرتب عليه ما رتب على المكروه وقوله لم يرتب عليه الخ يعنى من اللوم على الترك فى التنزيه والعقاب فى كراهية التحريم (٣) .

أدلة القائلين بأن الطلاق غير مباح :

قال تعالى « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (٤) وكلمة سبيلا نكرة واقعة فى سياق الشرط فتفيد العموم ، والعموم يكون على النحو التالى أى إذا أطاعت المرأة زوجها فى جميع ما يريد منها ، مما أباحه الله له منها ، فلا سبيل

---

(١) سورة النور آية . أنظر الحديث فى نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٢٧ ط الاخيرة
(٢) سورة النساء آية ١٣٠
(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق والحاشية للشيخ الشلبى، ج ٢ ص ١٨٩ .
(٤) سورة النساء آية ٣٤ .

له عليها بعد ذلك وليس له ضربها ولا هجرانها ولا طلاقها من باب أولى (١) ، إذ نفى الأقل من الضرب والهجر يستلزم نفى الأكثر من ذلك وهو الطلاق ، فها نحن أولا نرى الله سبحانه وتعالى ينهى الأزواج فى هـذه الآية ما دامت الزوجات مطيعات من الضرب والشتم والطلاق والنهى يقتضى التحريم فالضرب والشتم والتطليق بدون موجب حرام فالتطليق بدون حاجة حرام لا مباح، قال صلى الله عليه وسلم « لا تطلق النساء إلا لريبة إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات» فهذا الحديث صريح فى النهى عن الطلاق إلا لريبة ومن معـانى الريبة الحاجة فالطلاق من غير الحاجة منهى عنه والأصـل فى النهى أن يكون للتحريم ولا ينصرف إلى الكراهة إلا لقرينة والقرينة هنا موجودة وهى ما ورد فى آخر الحديث « إن الله لا يحب الذواقين والذواقات » إذ عدم الحب معناه الكراهة فالطلاق من غير حاجة مكروه فلا يكون مباحا ضرورة تغايرهما فى المفهوم . وبالرغم من اختلاف الفقهاء فى الاباحة وعدمها إلا أننا نرى أن الطلاق شرعه الله لحل عقدة النكاح متى دعت الحاجة إلى ذلك وهذا يتعارض مع كونه مباحا لأن الإباحة هى التسوية بين فعـل الشىء وتركه كالأكل والشرب بالنسبة للانسان ، لقوله تعالى « وكلوا واشربوا » ليس بلازم على الانسان أن يأكل ويشرب إذ له فعل الأكل والشرب وتركهما ، وليس الطلاق بالنسبة للانسان كالأكل والشرب ويتركه أو يفعله لكنه مقيد بوجود الحاجة الماسة له والدافعة إليه ، بدليل أنه تقدم الطلاق عدة أشياء أولها الوعظ وهو القول باللين وثانيها الهجر فى المضجع وثالثها الضرب غير المبرح فإذا لم تتوافر الحاجة فليس هناك داعى للانسان أن يفعل هذه الأشياء فإذا لم تجدى هذه الأشياء وخيف الشقاق

---

(١) تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٢٥٩ ط الشعب .

قال « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » ثم يأتي الطلاق بعد عجز الحكمين عن التوفيق ، والذي نريد أن نصل إليه هو مباح من حيث شرعيته أي أن الله أباحه شرعا لكن إيقاعه ليس مباحا كاباحته الشرعية بل يتوقف الإيقاع أو الوقوع بالحاجة الدافعة إليه والتي تدعو له ، وأما الذين قالوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد فعله فإن ذلك لم يكن طلاقا وسنذكر ذلك بعد أن نقرر بأن الطلاق من حيث شرعيته هو مباح وبالنسبة للموقع مقيد بالحاجة الماسة له ، والشيء الواحد يمكن أن يأخذ عدة أحكام مادامت الجهات متباينة . والدليل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلق حفصه هو ما رواه مسلم في صحيحه حدثنا زهير بن حرب حدثنا عمر بن يونس الحنفي حدثنا عكرمة بن عمار عن سماك أبي زميل حدثني عبد الله بن عباس حدثني عمر بن الخطاب قال لما اعتزل نبي الله صلى الله عليه وسلم نساءه قال دخلت المسجد فإذا الناس ينكتون بالحصى ويقولون طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه وذلك قبل أن يؤمرون بالحجاب فقال عمر فقلت لأعلمن ذلك اليوم قال فدخلت على عائشة فقلت يابنت أبي بكر قد أبلغ من شأنك أن تؤذي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت مالي ومالك يا ابن الخطاب عليك بعيبتك قال فدخلت على حفصه بنت عمر فقلت لها ياحفصه أقد بلغ من شأنك أن تؤذي رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحبك ولولا أنا لطلقك رسول الله صلى الله عليه وسلم فبكت أشد البكاء فقلت لها أين رسول الله (ص) قالت هو في خزانته في المشربة فدخلت فإذا أنا برباح غلام رسول الله (ص) قاعدا على أسكفة المشربة مدل رجليه على نقير من خشب وهو جذع يرقى عليه رسول الله (ص) وينحدر فناديت يا رباح استأذن لي عندك على رسول الله (ص) فنظر إلى الغرفة ثم نظر إلي فلم يقل شيئاً ثم قلت يا رباح استأذن لي عندك

رسول الله (ص) فنظر إلى الغرفة ثم نظر إلى فلم يقل شيئاً ثم رفعت صوتى فقلت يا رباح استأذن لى عندك رسول الله (ص) فإنى أظن أن رسول الله (ص) ظن أن جئت من أجل حفصه والله لئن أمرنى رسول الله (ص) بضرب عنقها ورفعت صوتى فأومأ إلى أن أرقه فدخلت على رسول الله (ص) وهو مضطجع على حصير فجلست فأدنى عليه إزاره وليس على غيره وإذا بالحصير قد أثر فى جنبه فنظرت ببصرى فى خزانة رسول الله (ص) فإذا أنا بقبضة من شعير نحو الصاع ومثلها قرظاً فى ناحية الغرفة وإذا أفيق معلق قال فابتدرت عيناى قال ما يبكيك يا ابن الخطاب؟ قلت يا نبى الله وما لى لا أبكى وهذا الحصير قد أثر فى جنبك وهذه خزانتك لا أرى فيها إلا ما أرى وذاك قيصر وكسرى فى الثمار والأنهار وأنت رسول الله (ص) وصفوته وهذه خزانتك فقال يا ابن الخطاب ألا ترضى أن تكون لنا الآخرة ولهم الدنيا ؟ قلت بلى قال ودخلت عليه حين دخلت وأنا أرى فى وجهه الغضب فقلت يا رسول الله ما يشق عليك من شأن النساء فإن كنت طلقتهن فإن الله معك وملائكته وجبريل وميكائيل وأنا وأبو بكر والمؤمنون معك وقل ما تكلمت وأحمد الله بكلام الا رجوت أن يكون الله يصدق قولى الذى أقول ونزلت هذه الآية آية التخيير «وإن تظاهرا عليه فإن الله هو مولاه وجبريل وصالح المؤمنين والملائكة بعد ذلك ظهيراً [1] عسى ربه أن إن طلقكن أن يبدله أزواجا خيراً منكن» وكانت عائشة بنت أبى بكر وحفصه تظاهران على سائر نساء النبى (ص) فقلت يا رسول الله أطلقتهن ؟ قال لا . قلت يا رسول الله إنى دخلت المسجد والمسلمون ينكتون بالحصى يقولون رسول الله (ص) طلق نساءه أفأنزل فأخبرهم أنك لم تطلقهن ؟ قال نعم إن شئت فلم

(١) سورة التحريم الآية رقم ٤ .

أزل أحدثه حتى تحسر الغضب على وجهه وحتى كشر فضحك وكان من أحسن الناس ثغراً ثم نزل نبي الله (ص) ونزلت فنزلت أتشبث بالجزع ونزل رسول الله (ص) كأنما يمشي على الأرض ما يمسه بيده فقلت يا رسول الله إنما كنت في في الغرفة تسعة وعشرين قال إن الشهر يكون تسعا وعشرين فقمت على باب المسجد فناديت بأعلى صوتي لم يطلق رسول الله (ص) نساءه ونزلت هذه الآية « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » فكنت أنا أستنبط ذلك الأمر وأنزل الله عز وجل آية التخيير (١) .

من هذه القصة نستنتج أن ما استدلوا به من فعل النبي (ص) هو غير واقع وكنا لا نتنازع في أن النبي (ص) طلق إلا أن طلاقه كان بسبب ودعت الحاجة إليه والضرورة فلم يتصرف من تلقاء نفسه أو تبعاً لهواه وإنما ودفع لذلك دفعاً هذا وثمت شيء آخر نستنتجه هو أن أزواجه كن يحرصن على البقاء معه لما في ذلك من الشرف الذي لا يدانيه شرف وهو كونهن أمهات المؤمنين وإن كان قد طلق فقد طلق لسبب ، وأما فعل أصحابه فالمذكور جانب من الدليل فطلاق عمر لزوجته وطلاق ابن عوف لزوجته وكثير غير ذلك لم يكن بدون سبب وإلا كان صحابة النبي صلى الله عليه وسلم يفعلوا ما فيه ظلم لأن الطلاق بدون سبب يحدث بالمرأة ضرراً والضرر مرفوع لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » والطلاق المسبب لا نزاع فيه كما أننا لا نتنازع في إباحة الطلاق من حيث شرعيته وإنما الذي نتنازع فيه إباحته من حيث الوقوع أو الإيقاع .

---

(١) صحيح مسلم ج ٣ ص ٢٧٩ ، ص ٢٨٠ ط الشعب .

دليل مشروعية الطلاق

لما كان عقد الزواج شرعه الله ليكون جمعا لزوجين فى حياة سعيدة هادئة يعمها الرخاء ويسودها الحب والوفاء ، ويحيط بها الود والهناء ، فيكون كل منهما سكنا للآخر ، يركن إليه ويخفف عنه ، قال تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة »(١) ثم أن عقد الزواج لا يعقد على سبيل التأقيت وما هذا إلا لدوام العشرة ، ولكن قد يحدث ما يعكر صفو هذه الحياة فيزول منها الود ويضيع منها الحب ، وتحل الكراهية محل المحبة ، والخصام محل الوآم ، والفرقة محل الوفاق ، ومن هنا كان لكل داء دواء ، ومن حكمة العزيز الحكيم أن شرع الطلاق ، لكن بعد أن تبذل المساعى للتوافق بين الزوجين وإزالة ما بينهما من حزازات وقطع ما بينهما من خصومات ، لذلك يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها ، ليقطعوا جذور الخصومة ويزيلوا بذور الشقاق ، فإذا ما استفحل الأمر وعظم الداء أعطاهم الله الدواء الناجح وهو الطلاق ، لأنه يعلم أن بقاء الحياة بينهما مستحيل ولو بقيت بينهما لدبرت المكائد وكاد كل منهما للآخر وكثرت الخيانة وانتشرت الرذيلة ، وفى حالة الطلاق قضاء على بذور الخيانة وقضاء على مواطن الكراهية ، ولا يفوتنى أن أنبه الأذهان أن الأوربين وغيرهم قد فطنوا إلى ضرورة العمل بمبدأ الطلاق فأباحوه على أن يكون بيد القاضى والبعض توسع فيه فأباحه لأتفه الأسباب ، ولعل فى المستقبل القريب ما يجعلهم يناهون بما نادت به الشريعة الغراء فأحكامها هى الصالحة لكل زمان ومكان .

نعم إن فى الطلاق ضرراً يصيب الأطفال ويعرض أسر الزوجين للعداوة

---

(١) سورة الروم آية .

والبغضاء ولكن هذا الضرر أخف بكثير من الضرر الناجم من بقاء الحياة الزوجية مضطربة شاذة وارتكاب أخف الضررين أمر يسلم به العقل وينادى به الشرع .

والأصل فى مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والاجماع المعقول ، من الكتاب قوله تعالى « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »(١) . وقوله تعالى بشأن المولى الذى لم يفىء « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم »(٢) وأما غير المولى فقد أعطاه الله عدد من الطلقات يمكن الزوج أن يوقع هذا العدد مرة واحدة أو على سبيل التتابع وقد نطق به القرآن وبينه خير بيان قال تعالى «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء الآية »(٣) وقال أيضا « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »(٤) ، من هذا الذى ذكرناه نجد أن الله سبحانه وتعالى قد أعطى الطلاق للزوج وجعله حقا له يستخدمه بلا افراط أو تفريط ويسىء استعماله هذا الحق فلا يستخدمه إلى إذا تعذر الوفاق ، واستحكم الشقاق وانقطعت أواصر المودة فعندئذ له أن يستخدم هذا الحق ويوقعه كيف كيف يشاء حتى لا يكون النكاح قيدا وغلا على الزوجين .

ومن السنة :

عن عمر بن الخطاب ، أن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصه ثم راجعها ، رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وهو لأحمد من حديث عاصم بن عمر(٥)

---

(١) سورة الطلاق آية ١ . (٢) سورة البقرة آية .
(٣) صورة البقرة آية . (٤) سورة البقرة آية .
(٥) نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٤٧ ط الأخيرة ، سنن ابن ماجه جـ ص ٦٥٠ حديث رقم ٢٠١٠٦ .

وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يعتبر جزء من السنة وقد طابق فعله قوله وهذا إن دل فإنما يدل على أن الطلاق حق يستخدم إذا تعذر الوفاق بين الزوجين ، ولو كان استخدامه فيه إساءة لما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ، لكنه فعله فدل فعله على مشروعيته .

عن لقيط بن صبرة قال ، قلت يا رسول الله إن لى امرأة فذكر من بذائها ، قال : طلقها ، قلت : إن لها صحبة وولداً ، قال : مرها أو قل لها ، فإن يكن فيها خير ستفعل ، ولا تضرب ظعينتك ضرب أمتك ، رواه أحمد وأبو داود(١) والناظر إلى هذا الحديث يجد أن الحوار قد دار بين الزوج بين النبي صلى الله عليه وسلم بسبب الزوجة فهو يتردد فى طلاقها بالرغم من أنها تسيء إليه ببذاءة لسانها وقلة احسانها وسوء عشرتها ورداءة معاملتها ، فيقول له النبي صلى الله عليه وسلم طلقها ويرد الزوج من أعماقه باق عليها لا يريد فراقها فيقرر النبي صلى الله عليه وسلم أن هناك سببان يمنعان طلاقها أو على الأقل يشفعان فى بقائها مع زوجها السبب الأول أن لها صحبة والثانى الولد فيقول له النبي صلى الله عليه وسلم عليك أن تذكرها بذلك لعلها ترجع عما هى فيه فإن رجعت كان بها وإلا حق الطلاق .

الاجماع : انعقد الاجماع سلفاً وخلفاً من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسيظل الى قيام الساعة على أن الطلاق مشروع وحق الزوج له أن يستخدمه متى توافرت دواعيه لا يرد ذلك إلا معاند ولا ينكره إلا ملحد .

المعقول : إذا تعذرت الحياة بين الزوجين واستحال بقائها وصار دوامها

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٧ .

من الحال جعل لذلك حلا ميسورا ، فأعطى الزوج حق الطلاق لإزالة عقد النكاح لما فى ذلك من تحقيق المصلحة وإزالة المفسدة لأن بقاء النكاح عندئذ مفسدة وربما جرت إلى الخيانة من قبل الزوجة أو إهمال فى ما تتطلبه الحياة الزوجية من حقوق وواجبات ، ويحقق الطلاق مصلحة كبرى لأنها تقضى على المفسدة التى لو ظل عقد النكاح لدامت واستشرت .

حكمة مشروعية الطلاق

بعد أن ذكرنا أدلة المشروعية من كتاب وسنة وغيرهما رأينا أن نلتمس الحكمة التى من أجلها كان الطلاق مشروعا ، وضرورة أن الدليل قد توخى حكمة علنا نضع أيدينا عليها ، إن الزواج فى الشريعة الاسلامية كما هو فى كل الشرائع المنزلة عقد أبدى ، لذلك لا ينعقد على وجه التأقيت ، فهو عقد شرع للبقاء والاستمرار ، ولكن لا يكفى فى بقاء عقد الزواج مؤبداً أن تشرعه الشريعة مؤبداً، ليبقى صالحا، بل لابد لذلك أن تكون المودة بين الزوجين قائمة، إذ العلاقة الشخصية بينهما هى الصلة التى تبقى الحياة الزوجية صالحة فيبقى بها ، لذلك حرص الشارع على بقاء هذه المودة ، وحث على حسن العشرة ، ودعا إلى الرفق والتآلف ، وشرع شرعة الحكمين عندما ينجم بينهما الخلاف ، فقال تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وإن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليما خبيرا ، وإن الحكمين القريبين لها أو غير القريبين من ذوى المروءات هما اللذان يستطيعان أن يجتثا بذور النزاع ويعيدا للمودة إلى سابق صفوها إن كان ذلك فى الإمكان .

ولكن قد تتنافر القلوب ، ثم تستحكم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة بتحكيم أو بغير تحكيم ، وفى هذا الحال لابد من اختيار واحد من أمور ثلاثة :

« أولها ، البقاء مع النفرة فيعيشان معاً ، والضغينة والبغض والحقد ، بينهما وهذه حال لا يمكن إختيارها ، وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها وإن بقيت فليست من صالح الأسرة فى شىء .

« ثانيها ، الفراق الجسدى ، والزوجية قائمة ، فتصير المرأة كالمعلقة ، لا هى زوجة ، ولا هى مسرحة بالمعروف فيغنيها الله من سعته .

« ثالثها ، الطلاق برفع قيد الزواج ، وقد صار غلا ونقمة ، وهو فى أصله النعمة .

ولا شك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك فى هذه الحال طريق الطلاق والطلاق حينئذ ضرورة لا بد منها .

ولكن قضية الطلاق مع ضرورته فى بعض الأحوال أخذت دوراً من الجدل بسبب أن بعض الطوائف تحرمه ، ولقد ذكر بنتام فى كتابه أصول الشرائع ضرورة الطلاق ، فقال : —

إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان ، والملائم لحاجته ، والأوفق لأحوال الأسرة ، والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنسانى ، ولكن إن اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه ، ولو حلت قلوبها الكراهة محل الحب لكان ذلك أمراً منكرا . لا يصدقه أحد من الناس ، على أن هذا موجود دون أن تطلبه المرأة ، إذ القانون يحكم به ، فيتدخل بين العاقدين حال التعاقد ، ويقول لهما أنتما تقترنان لتكونا سعداء ، فلتعلما أنكما تدخلان سجنا ، سيحكم غلق بابه . . . ولن أسمح بخروجكما ، وإن تقاتلتما بسلاح العداوة والبغضاء . . . وإن أقبح الأمور وأفظعها عدم إنحلال ذلك الاتفاق ، لأن الأمر بعدم الخروج فى حالة أمر بعدم الدخول فيها ، لا فرق فى ذلك بين زواج وخدمة وبلد ،

وضاعة وغيرها ولو كان الموت وحده هو الخلص من الزواج لتنوعت صنوف القتل واتسعت مذاهبه .

« الفرق بين الفسخ والطلاق »

الفرق بين الفسخ والطـــلاق ليس مقصوراً على احتساب الفرقة من عدد الطلقات وعدم احتسابها بل الفرق بينهما فى حقيقتهما التى إنبنى عليه ذلك فإن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج ، وتقرر الحقوق السابقة على الزواج ، وهو لا يكون إلا فى النكاح الصحيح ، كثبوت الصداق ، وهو من آثاره التى قررها الشارع ، حتى لو عقد الزواج ، واشترطا ألا يطلق الزوج زوجته كان الشرط لغواً ، لانه شرط فاسد ، إذ هو مناف لمقتضى العقد .

أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقـــاء النكاح ، أو يكون تداركا لأمر اقترن بالإنشاء ، جعل العقد غير لازم ، ومثال الأول ردة أحد الزوجين (١) أو يكون من أحدهما ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومثال الثانى الفسخ بخيار البلوغ أو الاقامة وأسمى الخيارين الفسخ بخيار الادراك .

والفسخ على ذلك ينقسم قسمين (أحدهما) يكون كنقض العقد من أصله

---

(١) وإن تزوج لم يصح تزوجه ، لانه يقر على النكاح وما منع الإقرار على النكاح منع إنعقاده كنكاح الكافر لمسلمة ، وإن زوج لم يصح تزويجه لأن ولايته على موليته قد زالت بردته ، وإن زوج أمته لم يصح لأن النـــكاح لا يكون موقوفا ، ولأن النكاح وإن كان فى الأمة فلا بد فى عقده من ولاية صحيحة بدليل المرأة لا يجوز أن تزوج أمتها وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له فإنه أدنى حالا من الفاسق الكافر راجع المغنى لابن قدامة ص ٨ س ١٣٠ .

(وثانيهما) فسخ لا ينقض العقد من أصله ، والقسم الاول ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بانشاء الزواج وذلك هو الفسخ بخيار الادراك . (١) والفسخ لعدم الكفاءة على رأى من يرى أن العقد ينعقد صحيحاً (٢) ويكون غير لازم

---

(١) الصغير والصغيرة خيار الفسخ اذا بلغا فيما اذا زوجهما غير الأب والجد وهذا عند أبى حنيفه ومحمد وقال أبو يوسف لا خيار لهما لأن النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ قياساً على الأب والجد وهذا لأن الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر صيانة على الافضاء إلى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولى مقام عقده بعد بلوغه ولهما ما روينا ولان العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة فيثبت لهما الخيار اذا ملكا أنفسهما كالامة المزوجة اذا عتقت وهذا لان أصل الشفقة موجود ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الأب والجد وقد أثر النقصان حكما حتى امتنع ثبوت الولاية فى المال ولوجود أصل الشفقة نفذناه فى الحال ولقصورها أثبتنا لهما الخيار فى المال لازال الضرر لو كان فيه ضرر . راجع تبين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ١٢٢ .

(٢) اعلم أن الكفاءة معتبرة فى النكاح لماروى جابر أنه عليه الصلاة والسلام وقال ألا لا يزوج النساء إلا الاولياء ولا يزوجن إلا من الاكفاء ولأن النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والألفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة الا بين الاكفاء ولانهم يتعيرون بعدم الكفاءة فيتضرر الاولياء به وقال مالك رحمه الله لا تعتبر الكفاءة إلا فى الدين لقوله عليه الصلاة والسلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إنما الفضل بالتقوى وقال الله تعالى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » قلنا المراد به فى حكم الآخرة وكلامنا فى الدنيا وقال أبو حنيفة من نكحت غير كفء فرق الولى لما ذكرنا والنكاح ينعقد صحيحا فى ظاهر الرواية وتبقى احكامه من إرث وطلاق إلى أن يفرق الحاكم بينهما والفرقة به لا تكون طلاقا ثم إن كان دخل بها فلها المهر وإلا فلا راجع تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٣ ص ١٢٨ .

والفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل على رأى أبى حنيفة (١) فإن الفسخ فى هذه الأحوال كلها يتصل بأمر اقتران بإنشاء العقد ، لأن الباعث عليه أمر يتعلق بإنشاء العقد ، فخيار البلوغ شرع لتدارك ما عساه يكون قد فات الولى الذى لم تكن شفقته كاملة والفسخ لعدم الكفاءة ، ولنقصان المهر عن المثل قد شرع لتدارك ما صاحب العقد من ضرر بالولى .

أما القسم الثانى ، وهو الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من أصله ، فهو الفسخ لعارض يمنع بقاء النكاح ، أى يمنع الحل بين الزوجين فيتعين التفريق كالفسخ لإبائها الدخول فى الإسلام ، أو أى دين كتابى إذا كانت غير كتابية وأسلم زوجها ، والفسخ لوجود حرمة مصاهرة لم تكن وقت الانشاء ، والفسخ لردة الزوجة أو لردة الزوج وأتفق الفقهاء فى المذهب الحنفى على أن ردة الزوجة تكون فسخا واختلفوا فى كون ردة الزوج تكون فسخا فقد قال محمد ، أنها تكون طلاقا ، لأنها أمر جاء من قبله باختياره فتكون طلاقا ، وقال الشيخان تكون فسخا لامتناع الحل إذا لا يمكن بقاء الزواج ، وامتناع الحل لا يمكن

---

(١) أى لو تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللولى الاعتراض عليها حتى يتم لها مهرها أو يفارقها فإذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها وإن فارقها بعده فلها المسمى وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق وهذا عند أبى حنيفة وقالا ليس لهم ذلك لأن المهر حقها لا حق الاولياء ومن أسقط حقه لا يعترض عليه فصار كما لو أبرأته بعد العقد ولأبى حنيفة أن الاولياء يتفاخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصان فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولا لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة لأن عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها فيرجع الضرر على القبيلة كلها فكان لهم دفعة بخلاف الابراء بعد العقد لأنه لا ضرر عليهم بل هو من باب الكرم ومكارم الاخلاق . المرجع السابق ج ٣ ص ١٣٠ .

أن يعد طلاقا (١) ، وكذلك الفسخ للعان (٢) .

(١) واحتمالات الردة لا تخرج عن أربعة أمور (أولها) إذا إرتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق ، وقال محمد : إن كان المرتد الزوج فهي طلاق كما في الإباء ، وأبو يوسف مر على أصله أيضا ، والفرق لأبي حنيفة أن الردة تنافي المحلية كالمحرمية ، والطلاق رافع ، فتعذر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة هنا إلى القضاء ، أما الإباء لا ينافي المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وانما بالاباء امتنع عن التسريح بالاحسان ، فناب القاضي منابه على ما بينا ، (ثانيها) إن كان المرتد الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبله لا شيء لها ولا نفقة (ثالثها) إن كان المرتد الزوج فالكل بعده ، والنصف قبله ، وذكر في الفتاوى لو إرتدت المرأة قبل . لا يفسد النكاح زجرا لها ، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضاً (رابعها) إن إرتدا معا ثم أسلما معافهما على نكاحها ، لأن بني حنيفة ارتدوا في زمن أبي بكر رضي الله عنه ثم أسلموا ، فأقرهم على أنكحتهم ، ولم يأمرهم بتجديد الانكحة وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير من أحدهم ، فكان اجماعاً . راجع الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٦٣ .

(٢) عند الجمهور أن اللعان يعتبر فسخاً سواء كان بحكم حاكم أو بغيره وفرقة اللعان تعتبر فسخاً كالرضاع لحصولها بغير لفظ وتحصل ظاهراً وباطنا ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٨ ، القوانين لابن جزي ص ٢٧٠ وقال بعض الحنفية فإذا التعنا فرق الحاكم بينهما ، ولا تقع الفرقة قبل الحكم ، حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدة بينهما بالنص ، وهو المقصود من الفرقة واستدلوا أن النبي (ﷺ) لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثاً ، قال الراوي ففارقها قبل أن يأمره رسول الله ﷺ فأمضى عليه ذلك ، فصار سنة المتلاعنين ولو وقعت الفرقة بلاعنهما لم يقع الطلاق ، ولما أمضاه عليه السلام وبين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان لأن اللعن =

والفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله وغيره يظهر فى أمرين :

« أحدهما » أن الفرقة التى تعد كنقض العقد لا توجب شيئاً من المهر ، إن لم يتأكد بمؤكد من مؤكداته ، سواء أكانت من قبل الزوجة أم كانت من قبل الزوج ، لأن العقد كأنه نقض من الأصل ، والمهر حكم من أحكام العقد فيسقط إذا لم يكن ما يؤكده ، أما الفرقة التى تكون فسخاً لا ينقض العقد من أصله ، فإن كانت من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله ، وإن كانت من قبل الرجل ففيها نصف المهر .

(ثانيهما) أن التى فسخ زواجها بما هو كنقض العقد لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإذا استأنف حياتها الزوجية لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات[1] لأن الطلاق أثر العقد ، وقد نقض فلا يثبت طلاق ، أما

= والغضب نزل بأحدهما بيقين ، وأثره بطلان النعمة ، ومحل الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ومحل الاستمتاع أقامها ، فيحرم وهذه الحرمة جاءت من قبله ، لانها بسبب قذفه فقد فوت عليها الامساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالاحسان ، فإذا لم يسرحها ينوب القاضى منابه دفعاً للظلم ، فإذا فرق بينهما كانت تطليقة بائنة لانه كفعل الزوج كما فى الجب والعنة وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وثمرته إذا أكذب نفسه حده القاضى وعاد خاطباً . الاختيار ج ٣ ص ٢٤٣ .

(١) واختلف قول مالك رحمه الله فى الفرق بين الفسخ الذى لا يعتد به فى التطليقات الثلاث بين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث إلى قولين : أحدهما أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعنى فى جوازه ، وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، =

الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من أصله فيلحقها الطلاق فى العدة اذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكنا ، فمن ارتدت مثلا ، وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة ، فإذا طلقها فيها واستأنف حياتها الزوجية بعد ذلك احتسب ذلك من الطلقات .

هذا والفسخ الذى لا يعد نقضاً للعقد ينقسم قسمين :—

« أولهما » فسخ يمنع الزواج على التأبيد ، وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد ، كأن يقع منه لأصلها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو يقع منها لأصله وفروعه .

القسم الثانى : فسخ يمنع الزواج على التأقيت ، وهو الفسخ الذى يكون سببه تحريماً مؤقتا بين الزوجين كالردة واللعان .

هذا ، والفسخ الذى يكون كنقض للعقد من أصله يكون فى اكثر أحواله محتاجا لقضاء القاضى ، لأنه يكون مبنياً على أمور هى محل تقدير بين يدى القضاء ، فالكفاءة ومهر المثل أمور هى محل تقديرها إلى حين فصل القضاء ، وقد بينا وجه احتياج خيـــار الادراك إلى قضاء القاضى ، أما الفسخ بسبب حدوث ما يوجب التحريم فإنه لا يحتاج إلى قضاء القاضى .

= فهذه على هذه الرواية هى طلاق لا فسخ ، والقول الثانى أن الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب للتفريق فان كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراداً الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح فى العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا ، وراجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٨٢ .

« الفرق بين الطلاق والخلع »

مما لا شك فيه أن كلا من الطلاق والخلع يعتبر سببا فى انهاء عقدة النكاح القائمة بين الزوجين ، وأيضا أن هذا الانهاء فى كل منها يعتبر مرجعه فى النهاية إلى الزوج ، إذا لم يكن قد تنازل عن العصمة إلى زوجته ولكن لوحظ أنه يوجد ثمة فرق بين الطلاق والخلع ، وهذا الفرق ليس محل وفاق بين العلماء ، بل وقع فيه الخلاف على ثلاثة أقوال .

« القول الأول » أن الخلع يعتبر فسخاً لا طلاقاً وقال بذلك ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبى ثور وأحد قولى الشافعى المنسوب إلى القديم ورواية لأحمد واحتجو لذلك بقوله تعالى « الطلاق مرتان » ثم قال (فلا جناح عليهما فيما إفتدت به) ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) (١) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدهما فلوكان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنهـا فرقة قد خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ (٢) وإيضا يجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسخا كشراء زوجته . (٣)

« القول الثانى » أن الخلع طلاق بائنا حينئذاً لا يوجد فرق بينهما وقد قال بذلك سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبى سلمة بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والزهرى ومكحول وابن أبى نجيح ومالك

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٠

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٦

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٨

والأوزعى والثورى وأصحاب الرأى وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود ورواية لأحمد ورواية للشافعى ودليلهم ، أنها بذلك العوض للفرقة ، والفرقة التى يملك الزوج إيقاعها هى الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقا كغير الخلع ، والفرقة بلفظ الخلع طلاق لأنه ينقص العدد كلفظ الطلاق لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين فى قوله « الطلاق مرتان » الآية فدل على أنه ملحق بهما ، ولأنه لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن . (١)

وإن كان الظاهرية قد وافقوا على أن الخلع طلاقا إلا أنهم اعتبروه طلاقا رجعيا يجوز للزوج المخالع أن يراجع زوجته بعد رد البدل إلى زوجته إذا لم يكن الخلع مكملا للثلاث ، أو أوقع الثلاث بلفظ الخلع واستدلوا بما روى من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال فى المختلعة إن شاء ان يراجعها فليرد عليها ما أخذ منها فى العدة وليشهد على رجعتها ، وقال أبو محمد : قد بين الله تعالى حكم الطلاق وأن بعولتهن أحق بردهن وقال (فامسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف) فلا يجوز خلاف ذلك ، وما وجدنا قط فى دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله ﷺ طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها ولا مزيد . (٢)

« القول الثالث » أن الخلع لا يعد شيأ أى لا يعتبر طلاقا ولا فسخاً ويعتبر كان لم يكن (٣) ، لما روى من طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عطاء أنه

---

(١) المراجع السابقة

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٩ — ٢٤٠ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٦٨ .

قال فيمن طلق بعد الفداء لا يحسب شيئا من أجل أنه طلق امرأته لا يملك منها شيئا اتفق على ذلك ابن عباس وابن الزبير فى رجل اختلع من امرأته ثم طلقها بعد الخلع فإنه لا يحسب شيئا قال جميعا : أطلق امرأته إنما طلق من لا يملك (١) ونقول إن لفظ الخلع إذا وقع بغير الفداء لا نقول بأنه لا يعد طلاقا ، ولا فسخا ، فعندئذ لا يكون للفظ سمة فائدة تذكر ويعتبر فيه إهمال لكلام العقلاء وحمل كلام العقلاء على ما به يصح أولى من حمله على به يلغوا ، فلابد أن يعتبر لفظ الخلع فسخا أو طلاقا ، وفائدة الخلاف بين الفقهاء أنا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه فإما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع لغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداه ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لأنه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذى فيه الروايتان والله أعلم .

الفرق بين الطلاق والحلف

لما كان المقصود من الحلف تعظيم المحلوف به ، وقوة الحالف ، لأن اليمين معناه القوة ، أن ليتقوى الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه ، وقال اللغويون بأن معانى اليمين القوة ، يشهد ذلك قوله تعالى « لأخذنا منه باليمين » (٢) أى

(١) المحلى لابن حزم حـ١٠ ص٢٣٩ وذلك موافق لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه « لا طلاق له فيما لا يملك » راجع نيل الأوطار حـ٦ ص ٢٧٠ الطبعة الأخيرة .
(٢) سورة الحاقة آية رقم ٤٥ .

بالقوة والقدرة منا ، وقيل فى قوله تعالى « إنكم كنتم تأتوننا من اليمين » (١) أى تتقوون علينا ، يقصد الحالف أحيانا تهديد من يحلف له أو توثيق الكلام المحلوف عليه ، فكان هناك شبه بين اليمين والطلاق ، لأن المطلق أحيانا يستخدم الطلاق فى الحلف لتهديد المطلقة أو لتوثيق كلامه ، أو لأنه يرى أن يمين الطلاق يمين قوى لا يمكن النطق به إلا فى حال الشدائد ، ومن ثم لوجود هذا الشبه كان علينا أن نفرق بين الطلاق والحلف وذلك كما سيأتى .

وهو أن الصيغ التى يتكلم بها الناس فى الطلاق والعتاق والنذر والظهار والحرام ثلاثة أنواع :

« النوع الأول » صيغة التنجيز مثل أن يقول امرأتى طالق أو أنت طالق أو فلانة طالق أوهى مطلقة ونحو ذلك فهذا يقع به الطلاق ولا تنفع فيه الكفارة بإجماع المسلمين . ومن قال إن هذا فيه كفارة فإنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل وكذلك إذا قال عبدى حر أو على صيام شهر أو عتق رقبة أو الحل على حرام أو أنت على كظهر أمى . فهذه كلها إيقاعات لهذه العقود بصيغ التنجيز والاطلاق .

« النوع الثانى » أن يحلف بذلك فيقول الطلاق يلزمنى لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا أو يحلف على غيره كعبده وصديقه الذى يرى أنه يبر قسمه ليفعلن كذا أو لا يفعل كذا أو يقول الحل على حرام لأفعلن كذا أو لا أفعله أو يقول على الحج لأفعلن كذا أو لا أفعله ونحو ذلك ، فهذه صيغة قسم وهو حالف بهذه الأمور لاموقع لها . والعلماء فى هذه الأيمان ثلاثة أقوال : « أحدها » أنه إذا حنث لزمه ما حلف به « والثانى » لا يلزمه شىء « والثالث » يلزمه كفارة يمين »

---

(١) سورة الصافات الآية رقم ٢٨ .

ومن العلماء من فرق بين الحلف والطلاق والعتاق وغيرهما ، والقول الثالث أظهر الأقوال ، لأن الله تعالى قال «قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم» وقال «ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم » (١) وثبت عن النبي ﷺ في صحيح مسلم وغيره من حديث أبي هريرة وأبي موسى وعدي ابن حاتم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه (٢) وروى هذا المعنى في الصحيحين من حديث أبو هريرة وأبي موسى وعبد الرحمن بن سمرة ، وهذا يعم جميع أيمان المسلمين فمن حلف بيمين من أيمان المسلمين وحنث اجزأته كفارة يمين ومن حلف بأيمان الشرك مثل أن يحلف بتربة أبيه أو الكعبة أو نعمة السلطان أو حياة الشيخ أو غير ذلك من المخلوقات فهذه اليمين غير منعقدة ولا كفارة فيها إذا حنث باتفاق أهل النوع .

« النوع الثالث » من الصيغ أن يعلق الطلاق أو العتاق أو النذر بشرط فيقول إن كان كذا فعلى الطلاق أو الحج أو فعبيدي أحرار ونحو ذلك فهذا ينظر إلى مقصوده فإن كان مقصوده أن يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الأمور كمن ليس غرضه وقوع الطلاق إذا وقع الشرط فحكمه حكم الحالف وهو من باب اليمين ، وأما إن كان مقصوده وقوع هذه الأمور كمن غرضه وقوع الطلاق عند وقوع الشرط مثل أن يقول لامرأته إن أبرأتيني من طلاقك فأنت طالق فتبرئه أو يكون غرضه أنها إذا فعلت فاحشة أن يطلقها إذا فعليت كذا فأنت طالق بخلاف من كان غرضه أن يحلف عليها ولو فعلته لم يكن له غرض في طلاقها فإنها تارة يكون طلاقها أكره إليه من الشرط فيكون حالفا وتارة يكون الشرط المكروه أكره إليه من طلاقها فيكون موقعا للطلاق إذا وجد ذلك

---

(١) سورة المائدة الآية رقم ٨٩ .

(٢) سنن ابن ماجة جـ ١ ص ٦٨١ رقم ٢١٠٧ - ٢١٠٩ .

الشرط فهذا يقع به الطلاق وكذلك إن قال إن شفى الله مريضى فعلى صوم شهر فشفى فإنه يلزمه الصوم فالأصل فى هذا أن ينظر إلى مراد المتكلم ومقصوده فإن كان غرضه أن تقع هذه الأمور وقعت منجزة أو معلقة إذا قصد وقوعها عند وقوع الشرط وإن كان مقصوده أن يحلف بها وهو يكره وقوعها إذا حنث وإن وقع الشرط فهذا حالف بها لا موقع لها فيكون قوله من باب اليمين لا من باب التطليق والنذر فالحالف هو الذى يلتزم ما يكره وقوعه عند المخالفة كقوله إن فعلت كذا فأنا يهودى أو نصرانى ونسائى طوالق وعبيدى أحرار وعلى المشى إلى بيت الله فهذا ونحوه يمين بخلاف من يقصد وقوع الجزاء من ناذر ومطلق ومعلق فإن ذلك يقصد ويختار لزوم ما التزمه وكلاهما ملتزم لكن هذا الحالف يكره وقوع اللازم وإن وجد الشرط الملزوم كما إذا قال إن فعلت كذا فأنا يهودى أو نصرانى فإن هذا يكره الكفر ولو وقع الشرط فهذا حالف والموقع يقصد وقوع الجزاء اللازم عند وقوع الشرط الملزوم سواء كان الشرط مراداً له أم مكروها أو غير مراد له فهذا موقع ليس بحالف ، وكلاهما ملتزم معلق لكن هذا الحالف يكره وقوع اللازم والفرق بين هذا وهذا ثابت عن أصحاب رسول الله ﷺ وأكابر التابعين وعليه دل الكتاب والسنة وهو مذهب جمهور العلماء كالشافعى وأحمد وغيرهما فى تعليق النذر قالوا إذا كان مقصوده النذر فقال لأن شفى الله مريضى فعلى الحج فهو ناذر إذا شفى الله مريضه لزمه الحج فهذا حالف تجزئه كفارة يمين ولا حج عليه ، وكذلك قال أصحاب رسول الله ﷺ مثل ابن عمر وابن عباس وعائشة وأم سلمة وزينب ربيبة النبى ﷺ وغيرهم واحد من الصحابة فى من قال إن فعلت كذا فكل مملوك لى حر قالوا يكفر عن يمينه ولا يلزمه العتق . هذا مع أن العتق طاعة وقربة فالطلاق لا يلزمه بطريق الأولى كما قال ابن عباس رضى الله عنه عن وطر والعتق ما ابتغى به وجه الله

ذكره البخاري في صحيحه . عن ابن عباس أن الطلاق إنما يقع عن غرضه أن يوقعه لا لمن يكره وقوعه كالحالف به والمكره عليه ، وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كل يمين وإن عظمت فكفارتها كفارة اليمين بالله وهذا يتناول جميع الأيمان من الحلف بالطلاق والنذر وغير ذلك ، والقول بأن الحالف بالطلاق لا يلزمه الطلاق مذهب خلق كثير من السلف والخلف لكن فيهم من لا يلزمه الكفارة كداود وأصحابه ومنهم من يلزمه كفارة يمين كطاوس وغيره من السلف والخلف (١) .

والأيمان التي يحلف بها الخلق ثلاثة أنواع ، أحدها ، يمين محترمة منعقدة كالحلف باسم الله تعالى فهذه فيها الكفارة بالكتاب والسنة والاجماع ، الثاني ، الحلف بالمخلوقات كالحلف بالكعبة فهذه لا كفارة فيها باتفاق المسلمين ، والثالث ، أن يعقد اليمين لله فيقول إن فعلت كذا فعلي الحج أو مالي صدقة أو فنسائي طوالق أو فعبيدي أحرار ونحو ذلك ، فهذه فيها الأقوال الثلاثة المتقدمة إما لزوم المحلوف به وإما الكفارة وإما لا هذا ولا هذا وليس في حكم الله ورسوله إلا يمينان يمين من أيمان المسلمين ففيها الكفارة أو يمين ليست من أيمان المسلمين فهذه لا شيء فيها إذا حنث فهذه الأيمان إن كانت من أيمان المسلمين ففيها كفارة وإن لم تكن من أيمان المسلمين لم يلزم بها شيء ، فأما اثبات يمين يلزم الحالف بها ما التزمه ولا يجزئه فيها كفارة فهذا ليس في دين المسلمين بل هو مخالف الكتاب والسنة والله تعالى ذكر في سورة التحريم حكم أيمان المسلمين وذكر في السورة التي قبلها حكم طلاق المسلمين فقال في سورة التحريم « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضات أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٣ .

لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم وهو العليم الحكيم » وقال فى سورة الطلاق « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذالكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب ومن يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره قد جعل الله لكل شىء قدراً » فهو سبحانه بين فى هذه السورة حكم الطلاق وبين فى تلك حكم أيمان المسلمين وعلى المسلمين أن يعرفوا حدود ما أنزل الله على رسوله فيعرفوا ما يدخل فى الطلاق وما يدخل فى أيمان المسلمين ويحكموا فى هذا بما حكم الله ورسوله ولا يتعدوا حدود الله فيجعلوا حكم أيمان المسلمين حكم طلاقهم وحكم طلاقهم حكم أيمانهم فإن هذا مخالف لكتاب الله وسنة رسوله وإن كان قد اشتبه بعض ذلك على كثير من علماء المسلمين فقد عرف ذلك غيرهم من العلماء والذين ميزوا بين هذا وهذا من الصحابة والتابعين هم أجل قدراً عند المسلمين ممن اشتبه عليه هذا وهذا وقد قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » فما تنازع فيه المسلمون وجب رده إلى الكتاب والسنة ، والاعتبار الذى هو أصح القياس وأجلاه إنما يدل على قول من فرق بين هذا وهذا مع ما فى ذلك من صلاح المسلمين فى دينهم ودنياهم إذا فرقوا بين ما فرق الله ورسوله بينه فإن الذين لم يفرقوا بين هذا وهذا أوقعهم هذا الاشتباه إما فى آصار وأغلال وإما فى مكر واحتيال كالاحتيال فى

الفاحشة الآ يمانية الاحتيال بطلب إفساد النكاح ، الاحتيال بدور الطلاق والاحتيال بخلع اليمين والاحتيال بالتحليل والله أغنى المسلمين بنبيهم الذى قال الله فيه يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم ، أى يخلصهم من الآصار والأغلال ومن الدخول فى منكرات أهل الحيل .

وفى التفريق بين التعليق الذى يقصد به الإيقاع والذى يقصد به اليمين .

(فالأول) أن يكون مريداً الجزاء عند الشرط وإن كان الشرط مكروها له لكنه إذا وجد الشرط فإنه يريد الطلاق لكون الشرط أكره إليه من الطلاق فإنه وإن كان يكره طلاقها ويكره الشرط لكن إذا وجد الشرط فإنه يختار طلاقها مثل أن يكون كارها التزوج بامرأة بغى أو فاجرة أو خائنة أو هو لا يختار طلاقها لكن إذا فعلت هذه الأمور اختار طلاقها فيقول إن زنيت أو سرقت أو خنت فأنت طالق ومراده إذا فعلت ذلك أن يطلقها إما عقوبة لها وإما كراهة لمقامه معها على هذا الحال فهذا موقع للطلاق عند الصفة لا حالف ووقوع الطلاق فى مثل هذا هو المأثور عن الصحابة كابن مسعود وابن عمر والتابعين وسائر العلماء ، وما علمت أحدا من السلف قال فى مثل هذا أنه لا يقع به الطلاق ولكن نازع فى ذلك طائفة من الشيعة وطائفة من الظاهرية وهذا ليس بحالف ولا يدخل فى لفظ اليمين المكفرة الواردة فى الكتاب والسنة ولكن من الناس من سمى هذا حالفا كما أن منهم من يسمى كل معلق حالفا ومن الناس من يسمى كل منجز للطلاق حالفا ، وهذه الاصطلاحات الثلاثة ليس لها أصل فى اللغة ولا فى كلام الشارع ولا كلام الصحابة وإنما سمى ذلك يمينا لما بينه وبين اليمين من القدر المشترك عند المسمى وهو ظنه وقوع الطلاق عند الصفة ،

وأما التعليق الذي يقصد به اليمين فيمكن التعبير عن معناه بصيغة القسم بخلاف النوع الأول فإنه لا يمكن التعبير عن معناه بصيغة القسم وهذا القسم إذا ذكره بصيغة الجزاء فإنما يكون إذا كان كارها للجزاء وهو أكره إليه من الشرط فيكون كارها للشرط وهو للجزاء أكره ويلتزم أعظم المكروهين عنده ليمتنع به من أدنى المكروهين فيقول إن فعلت كذا فامرأتي طالق أو عبيدي أحرار أو على الحج ونحو ذلك أو يقول لامرأته إن زنيت أو سرقت أو خنت فأنت طالق يقصد زجرها أو تخويفها باليمين لا إيقاع الطلاق إذا فعلت لأنه لا يكون مريدا لها وإن فعلت ذلك لكون طلاقها أكره إليه من مقامها على تلك الحال فهو علق بذلك القصد الحظر والمنع لا لقصد الإيقاع فهذا حالف ليس بموقع وهذا هو الحالف في الكتاب والسنة وهو الذي تجزئه الكفارة . والناس يحلفون بصيغة القسم وقد يحلفون بصيغة الشرط التي في معناها فإن علم هذا وهذا سواء باتفاق جميع العلماء .

وأما الملتزم لأمر عند الشرط فإنما يلزمه بشرطين أحدهما أن يكون الملتزم قربة والثاني أن يكون قصده التقرب إلى الله به لا الحلف به فلو التزم ما ليس بقربة كالتطليق والبيع والإجارة والأكل والشرب لم يلزمه ولو التزم القربة كالصدقة والصيام والحج على وجه الحلف بها لم تلزمه بل تجزئه كفارة يمين عند الصحابة وجمهور السلف وهو مذهب الشافعي وأحمد وإحدى الروايتين عند أبي حنيفة وقول المحققين من أصحاب مالك ، وهنا الحالف بالطلاق هو التزم وقوعه على وجه اليمين وهو يكره وقوعه على وجه اليمين وهو يكره وقوعه إذا أوجد الشرط كما يكره وقوع الكفر إذا حلف به وكما يكره وجوب تلك العبادات إذا حلف بها .

وأما قول القائل أن هذا حالف بغير الله فلا تلزمه كفارة فيقال النص ورد فيمن حلف بالمخلوقات ولهذا جعله شركاً لأنه عقد اليمين بغير الله فمن عقد اليمين لله فهو أبلغ ممن عقدها بالله ولهذا كان النذر أبلغ من اليمين فوجوب الكفارة فيما عقد لله أولا من وجوبها فيما عقد بالله (١) .

---

(١) راجع كتاب الفتاوى الكبرى لابن تيمية جـ ٣ ص ٤ ـ ٦ والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق للقرافي جـ ١ ص ٨٥ .

توافر الصفة العقدية للطلاق

تتوافر للطلاق كافة الأركان والصفات والشروط اللازمة فى كافة العقود ومن ثم جاز لنا أن نطلق على الطلاق بأنه عقد مشروع ومن هنا كان علينا أن نحقق الأركان اللازمة للانعقاد فى أى عقد وكيفية تطبيق هذه الأركان على الطلاق ، فإذا ما توافرت فيه واجتمعت حق لنا أن نطلق عليه عقداً ، ومن هنا نقول فى تعريف العقد بأنه قد عرف بعدة تعريفات نذكر بعضها ونقارن بينها ، وعلى ضوء هذه التعريفات نتعرف على أركان العقد .

عرفه صاحب العناية فقال : هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل (١) .

وعرفه الكمال بن الهمام فقال : المراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر (٢) .

وعرفه الشيخ الدسوقى المالكى بأنه كل ما يتوقف على إيجاب وقبول (٣) .

وعرفه بعض الفقهاء بتعريف أعم من التعاريف السابقة فقالوا : العقد هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى (٤) .

ويؤخذ من هذه التعاريف السابقة فى جملتها عدة أشياء :

---

(١) العناية بهامش الفتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ .
(٢) الفتح القدير لكمال بن الهمام جـ ٢ ص ٢٤١ .
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٥ .
(٤) نظرية العقد للشيخ محمد شعبان ص ٥ .

« أولا » أن الناظر إلى التعاريف الثلاثة الأول يجد أنها تكاد أن تتفق على أن العقد لاينعقد إلا بوجود عبارتين عن شخصين مختلفين ، وهو ما يعبر عنه بالإيجاب والقبول ، يدل لما نقول عبارة التعريف الأول « تعليق كلام أحد العاقدين بالآخر » وكلمة أحد العاقدين سواء كان موجبا أو قابلا وكذلك كلمة « الآخر » وعبارة الثاني « إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر » وعبارة الثالث « كل ما يتوقف على إيجاب وقبول » بخلاف التعريف الرابع فإنه لا يشترط الإيجاب والقبول ، فيكون أعم من التعاريف السابقة فتقول عبارته « كل تصرف » وكلمة تصرف عامة تشمل التصرف الصادر من عبارتين مختلفتين أو من عبارة واحدة ، ومن ثم فإنه يشمل العقد المنعقد بارادتين والعقد المنعقد بارادة منفـــردة .

« ثانيا » يستفاد من هذه التعاريف أنه لابد من توافر الرضا بين المتعاقدين حيث أنه لا يمكن تلاقي الإيجاب مع القبول إلا به ، ولا يمكن توافق ارادتين مختلفتين لشخصين متباينين مع وجود إكراه او غش أو تدليس ، وهـذه هي العيوب التي تزيل صفة الرضائية من العقود كما أن الرضا يعتبر ركنا أساسيا في سائر العقود ، وانعدامه بأي عيب يؤدي إلى بطلان العقد ، أيا كان نوع هذا البطلان ، سواء كان بطلانا مطلقا أو نسبيا ، وحتى على التعريف الأخير الذي يقول « كل تصرف » فالتصرف لا يكون إلا عن إرادة مختارة ، وهذه لا تتوافر إلا بتوافر الرضا .

« ثالثا » وبالنظر إلى التعريف الأول ينص على أن المحل لابد من وجوده أثناء الانعقاد لأن أثر العقد لا يظهر إلا في المحل ، والمحل ربما كان هو الشيء المعقود عليه ، وربما اتفق معه التعريف الرابع حيث قال « كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي » والحكم الشرعي صفة تتحقق بعد الانعقاد في المحل فيأخذ العقد

صفة الصحة أو صفة البطلان ولا يكون هـذا الحكم متوافرا إلا إذا كان المحل قابلا للانعقاد فإنه يأخذ صفة الصحة وأما إذا كان غير ذلك أخذ صفة البطلان ، والبطلان والصحة حكمان شرعيان ينتجان عن انعقاد العقد .

ورابعا ، إن تلاقى الارادتين أو تلاقى الإيجاب مـع القبول أو انشاء تصرف ينتج أثرا لا يكون إلا بدافع يدفع إليه ويحث عليـــه ، إذ أن البائع لايقدم على البيع لسلعة يملكها إلا إذا كان يحتاج إلى ثمنها أو إلى استبدالها بغيرها والمشترى لا يقدم على شراء ما فى يد غيره إلا إذا كان فى حاجة ماسة تدفعه إلى الشراء ، ولا يمكنه الحصـول على ما فى يد غيره إلا بهذه الوسيلة ، ومن ثم كان الدافع إلى اجراء هـذا التصرف يشترط فيه أن يكون مشروعا ، ومن مجموع ما تقدم نجد أنه لابد من توافر الأركان الثلاثة فى العقد وهى الرضا ، والمحل ، والسبب ، والمتتبع لكلام الفقهـاء المتفهم لمعانيها يرى أن العقد بمعنيين عندهم ، ويطلق بإطلاقين ، فنرى من عباراتهم ما يفيـد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونين للعقـــد بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه (١) .

ولذا لا نجد أكثر الفقهـاء يطلقون على الطلاق والإبراء والاعتاق وغـيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثانى اسم العقد ، ويطلقون على البيع ، والهبة ، والزواج ، وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد . وبجوار ذلك نجد من الكتاب فى الفقه من يعممون ، فيطلقون كلمة العقد

---

(١) نظرية العقد للدكتور السنهورى ص ٧٩ ، أصول الالتزامات للدكتور الفار القاضى ص ٢٥ .

على كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون إن كل ماعقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد ، وقد بين ذلك أبو بكر الرازي في أحكام القرآن (١) ، وهو يرى أن العقد في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الإيمان والتصرفات الشرعية ، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشيء يكون في المستقبل أو إلزامه به ، فيسمى في نظره البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشيء من جانبه وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقوداً ، لما فيها من هذا المعنى ، وكذلك العهد أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى أيضا عقدا ، لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل إن الرازي يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقدا ، لأنه التزم وفاءه في المستقبل .

وخلاصة القول إن العقد في نظر الرازي كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر في المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر ، وعلى هذا الاطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون في التعليق ، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والابراء والاعتاق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقوداً ، إلا على هذا المعنى ، لأنها تنشيء التزاما بأمر في المستقبل ، وهو عدم الحل في الطلاق ، وعدم المطالبة في الإبراء ، وسقوط الملكية في العتاق . وبالرغم مما تقدم يترجح لدينا بأن الطلاق يعد عقداً كسائر العقود لاتفاقه معها في الأركان المقررة ، فإن المطلق لا يوقع الطلاق إلا برضاه ، وعن طيب خاطر منه ، لذا كان طلاق المكره محل خلاف بين الفقهاء . قال

---

(١) أحكام القرآن حـ ٢ ص ٢٩٤ سورة المائدة .

ابن جزى ما نصه « وأما من أكره على الطلاق بضرب أو سجن أو تخويف ، فإنه لا يلزمه عند الامامين « مالك والشافعى ، وابن حنبل خلافا لأبى حنيفة ، وكذلك إن أكره على الاقرار بالطلاق أو على اليمين أو على الحنث فى اليمين به (١) . والاكراه يعتبر عيبا من عيوب الرضا ، وهذا الركن يعتبر أساسا فى سائر العقود ومنها الطلاق ، لأننا نعده عقدا ، هذ أولا .

« وثانيا » فإن المحل لابد أن يكون موجودا إذ المطلقة لا بد وأن تكون زوجه فلا ينفذ طلاق الأجنبية لأنها ليست فى عصمته ولا تنفذ عليها عبارته ، لأن الطلاق المقرر وقوعه لايقع إلا على من هى تحت ولايته لأن الطلاق يقضى على العلاقة الزوجية القائمة ، والمحل يعد هو الركن الثانى فى العقد .

« ثالثا » أما الباعث على الطلاق فلا بد وأن يكون مشروعا إذ لا يوجد طلاق إلا بسبب يدعو إليه ويحث عليه إذا تعذر الوفاق واستحكم الشقاق ، بعد بعث الحكمين من أهله وأهلها يعملان على التوفيق بينهما وكذا إذا ارتكبت إحدى الموبقات التى تدعو إلى الطلاق ، فإنهما تعد سببا موجبا للطلاق لاستحكام الفرقة بينهما ، وهذه الأركان الثلاثة لابد من توافرها فى سائر العقود كما تقرر وقد حاولنا تطبيقها على الطلاق وجعله عقداً كسائر العقود . . لا سيما وأنه يترتب على إيقاعه التزامات من نفقة وعدة وسكنى ، وتعريف العقد كما تقدم هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه . ووجود الطلاق ووقوعه ناشىء عن إرادتين إرادة المطلق وإرادة المطلقة لأنها قد تكون هى السبب الدافع إلى إيقاع الطلاق ، كما أنه فى نفس الوقت بموجب إيقاع الطلاق ينتهى التزام الزوجية القائم بمقتضى عقد النكاح ، ويترتب التزام آخر فى ذمة الزوج بالنفقة والسكنى طوال العدة ، كما يترتب التزام فى ذمة الزوجة

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٢ طبعة بيروت .

بصوت فرضها طوال العــدة المعتبرة ، وامتناعها عن التزويج أثناء العدة ، وبمقتضى انعقاد هذه الالتزامات وتطعيمها لم تنفصل إلا عن كون الطلاق عقداً ، ولا نعد أول القائلين بعقدية الطلاق ، بل مؤيدين لمن قالوا بأنه عقد كسائر العقود . قال القرطبي إن الطلاق يعد عقداً أخذاً من قوله تعالى «يا أيهـا الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (١) ، فأمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود ، قال الحسن : يعني بذلك عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه ، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ، ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور ، وكلام الحسن يوحي بأن كل تصرف يفعله المرء قولا أو فعلا بين الانسان وأخيه الانسان أو بين الانسان وربه تصرفا بإرادتين متلاقيتين يعد عقدا والعقد واحد العقود المأمور بالوفاء بهـا في الآية المتقدمة ، حتى أنه قال وما عقده على نفسه لله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الاسلام ، وقال ابن عباس في قوله تعالى «أوفوا بالعقود» ، معناه بما أحل وبما حرم وبما فرض وبما حد في جميع الأشياء ، وكلام ابن عباس يوحي بالعموم المتقدم في قول الحسن لأن الطلاق يدخل في الحلال بل ربما خضع للأحكام التكليفية لأنه قد يكون واجبا أو حراما أو مباحا ، ثم أن النبي ﷺ وصفه بأنه حلال .

وقال ابن شهاب قرأت كتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه لعمرو بن حزم حين بعثه إلى نجران وفي صدره ، «هذا بيان الناس من الله ورسوله ، يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ، فكتب الآيات فيها إلى قوله «إن الله سريع الحساب» ، وقال الزجاج : المعنى أوفوا بعقد الله عليكم وبعقدكم بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع إلى القول بالعموم وهو الصحيح ، قال ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»

---

(١) سورة المائدة الآية رقم ١ .

وقال « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » فبين أن الشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به ما وافق كتاب الله أي دين الله ، فإن ظهر فيهما ما يخالف رد كما قال ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »[1] .

وجريا على العموم المتقدم الذي دل عليه الحديث لاشك نجد أن الطلاق يعد عقدا لأن المرء يعقده على نفسه ويوقعه بحسب المقتضيات الشرعية[2] ، وإن كان الجصاص في عبارته عند تفسير قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » قد فرق بين الطلاق المنجز والطلاق المعلق ، فعد الثاني عقدا دون الأول فقال العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود عقود المبايعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منها قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك .

والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك وما لا تعلق له بمعنى في المستقبل ينتظر وقوعه وإنما هو على شيء ماض قد وقع فإنه لا يسمى عقدا ، ألا ترى أن من طلق امرأته فإنه يسمى طلاقه عقدا ولو قال لها إذا دخلت الدار فأنت طالق كان ذلك عقدا ليمين ، ولو قال

---

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٧ .

(٢) أحكام القرآن القرطبي ج ٣ ص ٣٠٠٢ طبعة الشعب .

والله لقد دخلت الدار أمس لم يكن عاقدا لشيء ولو قال لأدخلنها غداً كان عاقدا ويدلك على ذلك أنه لا يصح إيجابه فى الماضى ويصح فى المستقبل لو قال على أن أدخل الدار أمس كان لغوا من الكلام مستحيلا ولو قال على أن أدخلها غدا كان إيجابا معمولا فالعقد ما يلزم به حكم فى المستقبل واليمين على المستقبل إنما كانت عقدا لأن الحالف قد أكد على نفسه أن يفعل ما حلف عليه بذلك وذلك معدوم فى الماضى (١) .

وكلام الجصاص يشعر بالتفرقة بين الطلاق المنجز والمعلق ، ويعتبر أن المعلق عقد لأنه إلزام الشخص نفسه بما لم يكن لازما له ، وأما المنجز ينعدم فيه هذا الوصف ، ونقول بأن هذه التفرقة لا محل لها لأن الطلاق المنجز إلزام الشخص نفسه برفع علاقة الزوجية فى الحال ، ولم يكن لازما له قبل ذلك ، والتفرقة بين المنجز والمعلق يعتبر تحكما لا دليل عليه لأن الموقع فى الحال هو بذاته الموقع فى المستقبل لا فرق بينهما إلا فى التنجيز والتعليق ، وهذا الكلام بعينه قد وافق عليه ابن تيمية حيث قسم العقود إلى ثلاثة أقسام :

« أحدها ، أن الأصل فى العقود أنها لا تصلح إلا بالصيغة وهى العبارات التى قد يخصها بعض الفقهاء باسم الإيجاب والقبول سواء فى ذلك البيع والإجارة والهبة والنكاح والعتق والوقف وغير ذلك ، وهذا ظاهر قول الشافعى وهو قول فى مذهب أحمد يكون تارة رواية منصوصه فى بعض المسائل كالبيع والوقف ويكون تارة رواية مخرجة كالهبة والإجارة ثم هؤلاء يقيمون الإشارة مقام العبارة عند العجز عنها كما فى إشارة الأخرس ويقيمون أيضا الكتابة فى

---

(١) أحكام القرآن للجصاص حـ ٢ ص ٢٨٥ .

مقام العبارة عند الحاجة وقد يستثنون مواضع دلت النصوص على جوازها إذا مست الحاجة إليها كما فى الهدى إذا عطب دون محله فإنه ينحر ثم يضمخ نعله المعلق فى عنقه بدمه علامة للناس ومن أخذه ملكه وكذلك الهدية ونحو ذلك ، لكن الأصل عندهم هو اللفظ لأن الأصل فى العقود التراضى المذكور فى قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقوله « فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا » والمعانى التى فى النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التى جعلت لا بأنه ما فى القلب إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها يحتمل وجودها كثيرة ولأن العقود من جنس الأقوال فهى فى المعاملات كالذكر والدعاء فى العبادات .

« القسم الثانى » أنها تصح بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف فى مثل من بنى مسجداً وأذن للناس فى الصلاة فيه أو سبل أرضا للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس وكبعض أنواع الإجارة كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة أو ركب سفينة ملاح وكالهدية ونحو ذلك ، فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس ولأن الناس من لدن النبى ﷺ وإلى يومنا مازالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ بل بالفعل الدال على المقصود وهذا قول الغالب على أصول أبى حنيفة وهو قول فى مذهب أحمد ووجه فى مذهب الشافعى بخلاف المعاطاة فى الأموال الجليلة فإنه لا حاجة إليه ولم يجر به العرف .

« القسم الثالث » أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل فكل ما عداه الناس بيعا وأجارة فهو بيع وأجارة وإن اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستمر لا فى شرع ولا فى لغة بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس

كما تتنوع لغاتهم — وقد نص على أن الطلاق يقع بالفعل والقول واحتج على أنه يقع بالكتاب بقول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها مالم تتكلم به أو تعمل به[1]، قال وإذا كتب فقد عمل، وذهب البغداديون الذين كانوا في ذلك الوقت كابن حامد ومن اتبعهم كالقاضي أبي يعلى ومن سلك سبيله لا تقع الفرقة إلا بالكلام وذكروا من كلام أحمد ما اعتمدوه في ذلك بناء على أن الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر إلى لفظ فكذلك فسخه (٢) .

وبموجب التقسيم المتقدم لكيفية الانعقاد اتضح أن الطلاق يعد من العقود، وإن كان يحتاج إلى القول والفعل ، وقد نص السيوطي على أن الطلاق يعتبر عقداً حيث ذكر في القواعد المختلف فيها ما نصه « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ولا سيما إذا كان اللفظ يحمل معنى قريب وآخر بعيد ، وبموجب هذه القاعدة فرع عليها الفرع التالي « إذا وكل شخص آخر بأن يطلق زوجته طلاقا منجزا وكانت قد دخلت الدار فقال لها ، إن كنت دخلت الدار فأنت طالق . فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان ، لأنه منجز من حيث المعنى أي التوكيل معلق من حيث اللفظ (٣) وذكره هذا الفرع تحت هذه القاعدة دليل صريح لا غبار عليه ولا غموض فيه فإنه قد عد الطلاق عقدا ولا سيما وأن التوكيل فيه جائز . وأيضا قد عد السيوطي الطلاق عقدا في موضع آخر ذكره تحت قاعدة وقف العقود ، أي متى يجوز وقف العقد بمعنى انتهاء سريانه ، فقال ، قال الرافعي أصل وقف العقود يتقرر في ثلاث مسائل ، وذكر المسألة الثانية « أنه موقوف ، إن أجازه المالك ، أو المشترى له ، نفذ وإلا بطل ، ويجريان في سائر التصرفات

---

(١) سنن ابن ماجة ح ١ ص ٦٥٨ تحت رقم ٢٠٤٠ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ح ٣ ص ٢٦٧ .

(٣) الأشباه والنظائر السيوطي ص١٦٨ .

كتزويج موليته ، وطلاق زوجته وعتق عبده وهبته وإجارة داره ، وغير ذلك (١) .

وبعد ذكر هذه النصوص المنقولة عن السيوطى وغيره وذكر الأركان العامة فى العقود بصفة عامة وتحققها فى الطلاق وترتب الآثار المقررة على وقوع الطلاق من نفقة وعدة وسكنى ، يتضح لنا أنه لا مجال فى إنكار صفة الانعقاد فى الطلاق الواقع منجزاً كان أو معلقاً .

أركان الطلاق

بعد أن انتهينا أن الطلاق يعد عقداً كسائر العقود له ما لها من أركان عامة ، لابد من توافرها ، لكن لما كان كل عقد له طبيعة خاصة وتكييف فقهى يختلف عن العقود الأخرى حتى يتميز كل عقد على حدة ، إذ أن طبيعة عقد البيع ليست كطبيعة عقد الهبة ، كما يختلفا عن الرهن ، وليسوا كعقد النكاح ، وليس الطلاق كالنكاح ، إذ الأول رفع العلاقة الزوجية ، الثانى يقتضى إثباتهما ، ومن ثم كان علينا أن نبين أركان الطلاق لكونه عقداً كسائر العقود بحيث لو انعدم ركن من الأركان لأدى ذلك إلى بطلان العقد ، لأن انعدام الركن يؤدى إلى بطلان ماهية الطلاق ككل ، وإن كان الفقهاء قد عددوا أركانه إلا أنهم اختلفوا فى تعدادها ، فنهم من عدها بثلاثة أركان ، المطلق والمطلقة والصيغة وهذا تعداد صاحب القوانين (٢) ومنهم من عدوها بأربعة أركان وهم أهل وقصد ومحل ولفظ (٣).

---

(١) المرجع السابق ص ٢٨٥ .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٢ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥ ط الحلبى .

وان كان الشافعية لم يقولوا بما تقدم ولم يكتفوا به بل عدوا أركانه فأوصلوها إلى خمسة أركان وهم مطلق وصيغة ومحل وولاية وقصد (١) .

وبالرغم من الاختلاف فى تعداد أركان الطلاق إلا أن الجميع يتفقون فى أن له أركانا ، والاختلاف فى تعدادها قلة وكثرة ربما نشأ من اعتبار بعض الشروط أركانا وما ذلك إلا لأنه أمر هام ومحل تترتب عليه آثاره من فرقة وعدة ونفقة وسكنى ، وكونه رجعى أو بائن . وسنشرع فى تعداد أركانه على النحو التالى .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٧٩ .

الباب الأول

الركن الأول « المطلق »

الفصل الأول

الشروط الواجب توافرها فى المطلق

المطلق بكسر اللام هو من يقع منه الطلاق والذى ينطق به وهو الزوج أو نائبه أو وليه ولا يرد الفضولى لأن الموقع فى الحقيقة الزوج بدليل أن العدة من يوم الاجازة لا من يوم الإيقاع [1] والمطلق لكى يقع طلاقه ويعتد بعبارته لابد من توافر عدة شروط وهى :

المبحث الأول

الشرط الأول — الاسلام

بمعنى أن المطلق لابد وأن يكون مسلما حتى يلتزم بآثار الطلاق والالتزامات المترتبة عليه من نفقة وعدة وسكنى ، فلو كان كافراً لا ينفذ طلاقه ولا يقع منه

---

(١) والمراد بالنائب يشمل أعم ممن ينيبه فيدخل فيه الحاكم والوكيل ومن الوكيل الزوجة إذا جعل الزوج الطلاق بيدها ، وقوله وليه ، هذا بالنظر للصغير والمجنون وأما ولى السفيه وسيد العبد فليس لهما ذلك بدون إذن المولى عليه ، وقوله لا يرد ، أى على تفسير الموقع له بالزوج ونائبه ووليه ، وحاصله أن الأولى أن يحول المراد بموقعه الزوج أو نائبه أو وليه أو غيرهما لأجل دخول الفضولى ، ، وقوله لا من يوم الإيقاع ، أى فلو كانت حاملا فوضعت قبل الاجازة استأنفت العدة . راجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥ .

لأنه غير مكلف بفروع الشريعة ، وإن كان بعض العلماء يقول بأنه مكلف بفروع الشريعة ، قال صاحب البرهان ، الكفار هل هم مكلفون بفروع الشريعة فيه مذاهب أصحها نعم قال فى البرهان وهو ظاهر مذهب الشافعى ، فعلى هذا يكون مكلفا بفعل الواجب وترك الحرام وبالاعتقاد فى المندوب والمكروه والمباح ، وهذه هى الأحكام التكليفية التى تعد أقساما للحكم التكليفى ، والطلاق يخضع لهذه الأحكام الخمس ، ومن ثم فإن طلاق الكافر يصح ويقع منه ، والثانى لا واختاره أبو اسحق الاسفرايينى والثالث مكلفون بالنواهى دون الأوامر والرابع أن المرتد مكلف دون الكافر الأصلى حكاه الكرانى عن الملخص القاضى عبد الوهاب قال ومر بى فى بعض الكتب التى لا أستحضرها الآن أنهم مكلفون بما عدا الجهاد أما الجهاد فلا لامتناع قتالهم أنفسهم ، وهذه المسألة مثال لقاعدة وهى أن حصول الشرط الشرعى هل هو شرط فى صحة التكليف أم لا جرم ، إن الآمدى وابن الحاجب وغيرهما عبروا بالقاعدة الأصلية (١).

وبمقتضى هذه القاعدة يتخرج الفرع الذى ينص على حكم أنكحة الكفار على النحو التالى ، اختلفوا فى أن أنكحة الكفار صحيحة أو فاسدة على ثلاثة أقوال أصحها أنها صحيحة سواء توافرت فيها الشروط المشترطة فى أنكحة المسلمين أو لم تتوافر لأنه نكاح تقوم بمقتضاه علاقة الزوجية ومن ثم تترتب عليه كافة الآثار التى تتولد من عقد النكاح كأنكحة المسلمين سواء بسواء . والثانى فاسدة وذلك يتفق مع الرأى القائل بأنهم غير مكلفين بفروع الشريعة ولا ينتج العقد أثره التى تنتج من عقود أنكحة المسلمين ـ والثالث إن اجتمعت شرائط المسلمين

---

(١) التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للاسنوى ص ٢٨ ط الثانية النهضة العربية .

كانت صحيحة وإلا ففاسدة بمعنى إن وجد الصداق والشهود وكافة الشروط المعتبرة فى عقد النكاح من الأهلية والمحل والسبب فإن العقد يكون صحيحا منتجا كافة الآثار وإن لم تتوافر هذه الشروط فسد ، ومن ثم ينبغى على تفرع النكاح على القاعدة المتقدمة سائر العقود ومنها عقد الطلاق (١) ، لأنه عقد كسائر العقود ، فإن قلنا أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة صح طلاقهم وأنتج كافة الآثار المترتبة على هذا الإيقاع ، وإن قلنا بأنهم غير مكلفين بفروع الشريعة لم ينفذ الطلاق ولم ينتج الآثار ، وإن قلنا أنه إذا توافرت الشروط التى يجب توافرها صح الطلاق ، ومن ثم يوجد رأيان يقولان بتكليف الكفار - الرأى الأول يطلق والثانى يقيد بتوافر الشروط ، وهذه الآراء جميعها الشافعية وإن كان غيرهم من الأئمة الآخرين لا يقولوا بتكليف الكفار بفروع الشريعة ومن ثم فلا يصح طلاق الكافر ، ولا يقع ولا ينتج أى أثر .

والذى نراه بأن الكافر مادام يعيش فى دار الاسلام فإنه يلتزم بأحكام المسلمين لا سيما فى المعاملات والأنكحة والطلاق ، لأنها أمور اجتماعية تترتب عليها آثار مادية ، بخلاف العبادات فإن آداء العبادة فيه من الإيمان فيكف يؤديها وهو غير مؤمن . وجاء فى الشرح الكبير قول المالكية فيه تفصيل نذكره لعموم الفائدة قالوا « إنما يصح طلاق المسلم لزوجته ولو كافرة » فقد اشترطوا الاسلام فى موقع الطلاق دون نظراً إلى المطلقة ، واحترازا من الكافر فلا يصح منه أى سواء كانت زوجته التى طلقها كافرة أو مسلمة ، فإذا طلق زوجته الكافرة ثم أسلمت وأسلم فى عدتها كان أحق بها وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصرانى ثم طلقها فى العدة ولو ثلاثا ثم أسلم فيها لم يعد طلاقه طلاقا وكان على

---

(١) التمهيد للاسنوى ص ٣٠ ، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ١٨٠

نكاحه ، وإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان جائز وطلاقه في شركه باطل (١) . وقول الظاهرية يوافق ما عليه المالكية بمعنى أنهم لم يعتدوا بطلاق المشرك وإن كانوا يجيزون بيعه وابتياعه وهبته وصدقته وعتقه ومؤاجرته ونكاحه واستدلوا بقول النبي ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »(٢) وقول الله عز وجل « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » (٣) فصح بهذين النصين أن كل من عمل بخلاف ما أمر الله عز وجل به أو رسوله ﷺ فهو باطل لا يعتد به . ولا شك في أن الكافر مأمور بقول لا إله إلا الله محمد رسول الله ملزم ذلك متوعد على تركه بالخلود بين أطباق النيران فكل كلام قاله وترك الشهادة المذكورة فقد وضع ذلك الكلام غير موضعه فهو غير معتد ، فإن قيل فمن أين أجزتم سائر عقوده التي ذكرتم ، قلنا أما النكاح فلأن رسول الله ﷺ أجاز نكاح أهل الشرك وأبقاهم بعد اسلامهم عليه ، وأما بيعه وابتياعه فلأن رسول الله ﷺ كان يعامل تجار الكفار ، ومات عليه الصلاة والسلام ودرعه مرهونة عند يهودي في أصواع شعير ، وأما مؤاجرته فلأن رسول الله ﷺ استأجر ابن أرقط ليدل به إلى المدينة وهو كافر ، وعامل يهود خيبر على عمل أرضها وشجرها بنصف ما يخرج الله عز وجل من ذلك ، وأما هبته وصدقته وعتقه فلقول حكيم بن حزام « يا رسول الله أشياء كنت أتحنث بها في الجاهلية من عتاقة وصلة رحم وصدقة فقال رسول ﷺ أسلمت على ما أسلفت من خير » فسمى عليه الصلاة والسلام كل ذلك خيرا وأخبر أنه معتد له به فبقي الطلاق لم يأت في إمضائه نص فثبت

---

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٦٥ .
(٢) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٧ رقم الحديث ١٤ .
(٣) سورة الطلاق الآية رقم ١ .

على أصله المتقدم ، فإن قيل فقد قال الله تعالى « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله إليك » قلنا نعم وهو الذى حكمنا به بينهم هو مما أنزل الله تعالى كما ذكرنا .

وقد اختلف النـاس فى هـذا فروبناه من طريق قتادة أن رجلا طلق امرأته طلقتين فى الجاهلية وطلقة فى الاسلام فسأل عمر فقال له عمر لا آمرك ولا أنهاك . فقال عبد الرحمن بن عوف لكنى آمرك ليس طلاقك فى الشرك بشىء ، وبهذا كان يفتى قتادة ، وصح عن الحسن وربيعة وأبى سليمان وأصحابهما ، وصح عن عطاء وعمرو بن دينار وفراس الهمزانى والزهرى والنخعى وحماد بن أبى سليمان إجازة طلاق المشرك وهو قول الاوزاعى ، وأبى حنيفة ، والشافعى وأصحابهما ، فإن قيل : فقد رويتم عن طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عمرو بن دينار قال : لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية ثم جاء الاسلام فما رجعن إلى أزواجهن .

وقد اعترض القائلون بعدم وقـوع طلاق المشرك على الدليل المتقـدم بعدة وجوه أولها أنه مرسل ، وأين عمـرو بن دينار من الجاهلية ، وثانيهـا أنه ليس فيه أن رسول الله ﷺ منع من ذلك ، وثالثها أننا لم نمنع نحن من أن يكون قوم رأوا أن ذلك نافذ ولاحجة فى ذلك إلا أن يعلمه عليه الصلاة والسلام فيقره (١) والراجح كما أسلفنا هو وقوع طلاق المشرك الذى يقيم فى دار الاسـلام وذلك لعدة أسباب : —

« أولها » أن قول الله تعالى «ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» إن وقوع طلاق المشرك الذى يقيم فى دار الاسلام ليس فيه تعد لحدود الله بل فيه مراعاة الحدود ، لا سيما أنهم فى المعاملات لهم ما لنا وعليهم ما علينا .

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٢٠١ .

« ثانيا » وقول النبي ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » لا يعد هذا الحديث دليلا لمنكرى الوقوع لطلاق المشرك بل يعد دليلا للقائلين بالوقوع لأن من شأن المسلم إذا أوقع طلاقا وقع ويعتد به ، إذن فهذا هو شأن المسلمين وما عليه من أمرهم ، ولو قلنا بوقوع طلاق المشرك كان موافق لما عليه أمرنا ، وفى عدم الوقوع ليس موافقا لما عليه أمرنا .

« ثالثا » إن الأثر المروى فى سؤال عمر المذكور أن عمر قد تردد فقال لا آمرك ولا أنهاك وتردده ليس فيه دليلا على عدم الوقوع وقول عبد الرحمن ابن عوف ليس طلاقك فى الشرك بشىء يعتبر قول صحابى وقول الصحابى فيه الخلاف ولم يثبت أن عمر قد وافق ما قال به عبد الرحمن .

«رابعا» الحديث الذى استدل القائلون بوقوع طلاق المشرك قلتم بأنه مرسل والمرسل الراجح أنه حجة لا سيما إذا وافق قول بعض الصحابة أو وافق فتوى مجتهد ، هذا أمر متفق عليه ، بل إن بعض علماء الحديث قالوا بأن المرسل حجة مطلقا (١) .

المبحث الثانى فى

الشرط الثانى ـ البلوغ

يشترط فى المطلق أن يكون بالغاً والمراد بالبلوغ هو بلوغ الحلم ولا يشترط الرشد المالى ، لأن الرشد المالى يحتاج إلى سن مغاير لسن بلوغ الحلم لعطف الرشد على البلوغ والعطف يقتضى المغايرة ، كما جاء فى قوله تعالى « وابتلوا

---

(١) مصطلح الحديث ورجاله للدكتور محمد اسماعيل أبو الريش ص ٧٥ ، البيقونية ص٥٤ ، الديباج ص٣٦ ، لقط الدرر ص٧٥ ، التقريب للنووى ص١٢ .

اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم»(١)
وإن كان سن البلوغ أمر مختلف فيه بين الفقهاء ، إلا أنه متى وجد البلوغ صح
وقوع الطلاق من البالغ ، أما الصبي وهو الذى لم يبلغ فهل يصح طلاقه أم لا .
والمعروف أن الصبي له مراحل ، المرحلة الأولى وهى ما قبل التمييز فإن طلاقه
لايقع وهذا مجمع عليه لأن الطلاق عقد كسائر العقود ، وهو بحالته هذه ليس له
أن يبرم أى عقد من العقود ولو كان يحقق له منفعة محضة كقبول الهبات فما بالك
بعقد يدور بين النفع والضرر ، أما الذى وصــل إلى مرحلة التمييز أى يعقل
التصرفات فالمدار على أن العقود والتصرفات تنقسم ثلاثة أقسام : —

«الأول» ضارة به ضررا محضا كهبة ماله وعتق عبده ووقف بعض عقاراته
وهذا مجمع على عدم صحته وعدم نفاذ عبارته .

«الثانى» إذا كان العقد يحقق له منفعة محضة كقبوله لبعض الهبات فإنه
يصح تصرفه وتنفذ عبارته .

«الثالث» وهو ما إذا كان العقد يدور بين النفع والضرر كبيعه بعض
أمواله أو إجارته لعقاراته ونكاحه ، فإن العقد من حيث ذاته ينعقد ويتوقف
نفاذه على إجازة وليه .

وهذا القسم الذى نحن بصدده أى الذى يدور بين النفع والضرر هل يدخل
فيه طلاق الصبي بمعنى أنه لو طلق وقع طلاقه أو لا يقع ؟ فقد وقع فيه الخلاف .
فقد روى أنه يقع طلاقه بشرطين الأول أن يعقل الطلاق والثانى أن يعلم أن
زوجته تبين به وتحرم عليه ، وهذا لا يكون فى سن التمييز المحدد بالسابعة

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٦ .

بل يكون فى سن العاشرة ، وهذا مروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبى واسحق وهو اختيار أبو بكر والخرقى وابن حامد وهو رواية عن أحمد ، هذا هو الرأى الأول (١) .

« الرأى الثانى » أنه لا يقع طلاقه حتى يبلغ الحلم ، فطوال مرحلة التمييز لا يقع منه طلاق ولا يعتد له بعبارة مطلقة وهذا الرأى لابن عباس والنخعى والزهرى ومالك وحماد والثورى وهو قول أهل العراق وأهل الحجاز والشافعى ورواية لأحمد (٢) .

واستدل أصحاب القول الأول : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبى بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد ابن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال اسحق إذا جاوز اثنى عشر .

« فرع فقهى » ومن أجاز طلاق الصبى اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكيله لغيره وقد أومأ إليه أحمد فقال فى رجل قال لصبى طلق امرأتى فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له إن كانت له زوجة صبية فقالت صير أمرى إلى ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد أخذت نفسى فقال أحمد ليس بشىء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، واستدلوا أن ما صح تصرفه فى شىء

---

(١) المغنى لابن قدامه ﺟ ٧ ص ١١٦ .

(٢) الشرح الكبير ﺟ ٢ ص ٣٦٥ ، تبيين الحقائق للزيلعى ﺟ ٢ ص ١٩٤ ، الاختيار لتعليل المختار ﺟ ٣ ص ١٧٦ ، مغنى المحتاج ﺟ ٣ ص ٢٧٩ .

مما يجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ (١) . وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال: اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ .

استدل أصحاب القول الثاني ما روى عن ابن عباس لقول النبي ﷺ رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (١) ، فرفع القلم يستلزم رفع الإثم المترتب على العمل الصادر من الصبي كما يستلزم إهمال الأثر الناتج عن عبارة الصبي ومن عباراته المهملة الأثر عبارة الطلاق إن أراد به الوقوع ، ولقول النبي ﷺ « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » وفي رواية « إلا طلاق الصبي والمجنون » ، فالاستثناء الوارد في طلاق الصبي وإخراجه من العموم الوارد في الطلاق الواقع دليل على أن طلاق الصبي لا يقع ، لقوله ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »(٢) والصبي لا يقدر على ذلك قبل البلوغ .

ولأن الصبي لا يعقل الطلاق فصار كالمجنون لا يعقل فلا يعتد بعبارته ولا يقع طلاقه ، والذي نراه أن طلاق الصبي لا يقع ولا يعتد به وعبارته لا تصح وذلك لعدة أسباب :

« أولها » أن مجموع الأحاديث الواردة عن النبي ﷺ تنفي طلاقه ولا تجوزه بل تنص على عدم الاعتداد بعبارته .

« ثانيا » أن الطلاق يترتب عليه آثار ربما كانت ضارة ومجحفة بالمطلقة لا يمكنه التفكير في العواقب ، والضرر لا يمكن تحمله بل إن الفقهاء في مجموعهم يقولون بأن الضرر يزال .

---

(١) المغني لابن قدامه جـ ٧ ص ١١٧ .
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٨١ .
(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٥٦٨ .

« وثالثا » بأن العقود الدائرة بين النفع والضرر التى تنعقد بعبارة الصبى المميز كلها يتوقف نفاذها على إجازة وليه ، الطلاق انعقاده ونفاذه لا ينتظر الإجازة بل يقع بمجرد النطق بعبارته ، ومن ثم لا يقع من الصبى .

المبحث الثالث

الشرط الثالث — العقـــل

ويشترط فى موقع الطلاق أن يكون عاقلا ، لأن العقل هو مناط التكليف ، والعاقل هو الذى يعى ما يقول ويقصد من وراء عبارته غرضا ، وإن كان هناك عوارض تزيل العقل ، وهذه العوارض قد تكون سماوية ، وقد تكون مكتسبة فالعارض السماوى كالجنون والعته والعارض المكتسب كالسكر وما يشبهه ، ونشرع « أولا » فى العارض السماوى وهو الجنون والعته .

والجنون هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ، ويصحبه اضطراب وهياج غالبا. والجنون قسمان : جنون مغلوب أى لا يفيق ؛ ويسمى جنونه مطبقا ، وهو الذى يستمر أشهر فأكثر ، فإن كان لإفاقته أوقات معلومة ثابتة فهو فى مدة إفاقته كالعقلاء الراشدين ، وإن كانت أوقات إفاقته غير معلومة ففى حاشية التبيين ما يفيد أنه هو المعتوه .

« والعته » مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً كاملا صحيحاً ، ويتميز عن الجنون بأن يصحبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعا واحدا ، والذى جاء فى الهداية وفتح القدير ، وأصول فخر الاسلام ، أن الذى أصيب فى عقله إن كان مغلوبا بحيث لا يعقل قط كان هو الجنـون ، وإن كان يعقل فى بعض الأمور فيشبه كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان معتوها ، فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزا بعض التمييز لأنه كان غير مميز

بل كان مغلوبا لا يميز شيئا كان معتوها ، بل يكون مجنونا ، ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العته قسم مقابل للجنون ، فالعته على ماجاء فيها أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ، فإن كان لا يصحبه تمييز فالمعتوه فاقد الأهلية كالمجنون ، وإن كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبي المميز وأكثر الفقهاء يسيرون على غير هذا فيفرضون أن المعتوه لا يكون إلا مميزا فإن فقد التمييز فهو مجنون ، وهذا اختلاف في التعبير ، وليس اختلافا في التفكير فلا تتغير به الأحكام ، إذ من لا يميز يكون فاقد الأهلية بالاتفاق سواء أسمى مجنونا أم سمى معتوها ، ومن يميز يكون قاصر الأهلية ويسمى معتوها بالاتفاق (١) .

وحكم طلاق كل من المجنون والمعتوه الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقهما ، كذلك قال عثمان وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لاطلاق له ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق (٢) .

وروى عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » رواه النجاد . قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروى بإسناده على مثل ذلك ، ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع ، وسواء زال عقله لجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل عقله ،

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور محمد اسماعيل أبو الريش .
(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٥ ، رواه البخاري .

ولا يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا (١) .

« ثانيا » أما إذا كان المزيل للعقـــل عارض مكتسب ، بأن تناول مسكراً كخمر أو ما يشبهه من مخدر ، فإما قد تعاطاه بسبب يدعوا إلى التعـاطى أو تعاطاه بدون سبب ، فإن كان قد تناول المسكر بسببا يدعو إليـه ، بأن تناول البنج لإجراء عملية جراحية أو تناول بعض المسكرات الأخرى بقصد التداوى ووقعت منه عبارة الطلاق أثناء سكره فإنه لا يقع طلاقه ، وهـــذا هو رأى الجمهور من الفقهاء وبعض الحنفية ، على أنه إن طلق امرأته فى هذه الحالة لا يقع طلاقه لأنه أشبه ما يكون فى هـذه الحالة بالنائم حيث لا إدراك له ولا وعى والنائم لا يقع طلاقه فكذلك السكران عن طريق مبـاح ، بل إن عدم وقوع طلاق هـذا السكران أولى من عـدم وقوع طلاق النائم لأن النائم ينتبه بالتنبيه أما السكران فلا ينتبة إلا بعد إفاقته .

والبعض الآخر من الحنفية يفرق فيقول إذا شرب الخمر مكرها أو مضطرا فطلق يقـع طلاقه لأنه حصل زوال عقله بلذة فيجعـل قائما وكأنه شرب الخمر طائعا . أما إذا شرب ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل فطلق لا يقع طلاقه خلافا لمحمد هذا إذا كان سكره عن طريق مباح(٢) واستدل بقوله أن عقله زال عند كال التلذذ وعند ذلك يقع طلاقه .

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ١١٣ ، مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٧٩ ، تبين الحقائق للزيلعى حـ ٢ ص ١٩٤ .

(٢) الاختيـار لتقليل المختار حـ ٣ ص ١٧٧ ، تبين الحقـــائق الزيلعى حـ ٢ ص ١٩٦ .

فإن كان السكر عن طريق محظور بمعنى أنه شرب الخمر عن طواعية واختيار ولم يكن ذلك لتداوى ولم يكره عليه ووقعت منه عبارة الطلاق أثناء سكره فهل يقع طلاقه أم لا . وقع الخلاف بين الفقهاء فى وقوع طلاق السكران فنهم من قال بالوقوع ومنهم من قال بعدم الوقوع ، وحد السكر الذى يقع فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، وفعله من فعل غيره ونحوه (١) ، ويمكن أن يقال إن حد السكر هو أن يخلط فى كلامه فيأتى بما لا يعقل وبما لا يأتى به إذا لم يكن سكران وإن أتى بما يعقل فى خلال ذلك لأن المجنون قد يأتى بما يعقل ويتحفظ من السلطان ومن سائر المخاوف ، وأما من ثقل لسانه وتخبل مخرج كلامه وتخبلت مشيته وعربد فقط إلا أنه لم يتكلم بما لا يعقل فليس هو سكران (٢) . عرف الاصوليون السكر فقالوا هو حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه بالأبخرة المتصاعدة إليه فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة . وهذا الاختلاف فى حد السكر أدى بدوره إلى اختلاف الفقهاء فى وقوع طلاق السكران أو عدم وقوعه .

أما من قال بوقوع طلاق السكران مطلقا فهم عمر بن الخطاب وابن عباس والشعبى ومجاهد وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وعمر بن عبد العزيز وعطاء ابن أبى رباح وسليمان بن يسار ، وهو قول ابن شبرمة ، وأجازه ابن أبى ليلى ، وسفيان الثورى ، والحسن ابن حى ، والشافعى فى أحد قوليه : وقال مالك طلاق السكران ونكاحه وجميع أفعاله جائزة إلا الردة فقط ، فلا يحكم له فى

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ١١٦ .

(٢) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٢٠٨ .

شيء من أموره بحكم المرتد ، وروى عن ابن وهب يجوز طلاقه ولا يجوز نكاحه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز طلاقه وجميع أفعاله إلا الردة وقال محمد بن الحسن ولا اسلامه إن كان كافرا ، ولا إقراره بالحدود ، وقال أبو يوسف : كل ذلك له لازم(١) ورواية للحنابلة .

الرأى الثانى : لايقع طلاق السكران ، قال بذلك عبيد الله بن الحسن والليث ابن سعد وأحد قولى الشافعى وقول اسحاق بن رهويه ، وأبى ثور والمزنى وأبى سليمان وجميع أصحابهم وبه يقول أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى من شيوخ الحنفيين ، وأهل الظاهر . (٢) ورواية الحنابلة .

أدلة القائلين بوقوع طلاق السكران .

أولا : بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على أمره(٣) وجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم بوقوع كل طلاق وهذا بعمومه يتناول طلاق السكران ولم يستثن غير المعتوه والمغلوب على عقله فكان طلاق السكران واقعا ، ولو كان طلاق السكران لايقع لورد عنه الاستثناء وأخرجه من العموم كما أخرج غيره . ويمكن أن تناقش هذا الدليل بأن الحديث روى عن طريق عطاء ابن عجلان عن عكرمة وعطاء ضعفه مشهور .

---

(١) الشرح الكبير جـ٢ صـ٣٦٥ ، مغنى المحتاج جـ٣ صـ ٢٧٩ . الاختيار لتعليل المختار جـ٣ صـ ١٧٧ تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ صـ١٩٦ ، المغنى لابن قدامه جـ ٧ صـ ١١٥ ، بداية المجتهد جـ٢ صـ ٩٥

(٢) المحلى لابن حزم جـ١٠ صـ ٢٠٩

(٣) نيل الأوطار جـ٦ صـ ٥٦٠ جـ١ الأخيرة .

كما أن هذا الحديث قد روى مرفوعا على عليّ رضى الله عنه ورأى الصحابى غير حجة لاسيما إذا خالفه غيره .

ثانيا : ماروى عن الغازى بن جبلة عن صفوان بن عمرو الأصم عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا جلست إمرأته على صدره وقالت طلقنى أو لاذبحنك فناشدها فأبت فطلقها ثلاثا فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « لاقيلولة فى الطلاق (١) وجه الدلالة » أفاد الحديث بصيغة العموم المستفادة من النكرة الواقعة فى سياق النفى لزوم الطلاق متى صدر سببه والعبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب فيدخل السكران تحت العموم . ويمكننا أن نناقش هذا الدليل فنقول إن فى الحديث صفوان بن عمرو . وهو ضعيف وأيضا فيه الغازى بن جبلة وفيه لين ومثل هذا لايحتج به ، وإن هذا الحديث قد ورد فى المكره على الطلاق قبل زوجته ولا يمكن أن يقاس عليه السكران لان هذا يرجع إلى قاعدة أصولية أخرى هل العبرة بعموم اللفظ أوبخصوص السبب ، فإن أردنا عموم اللفظ دونما نظر إلى السبب الذى ورد العموم من أجله لم يدخل السكران فى عموم اللفظ ولعل من أخذ بهذا الحديث راعى عموم اللفظ دون خصوص السبب .

ثالثا : قال ابن عباس طلاق السكران جائز إن ركب معصية من معاصى الله نفعه ذلك ، ولأن الصحابة جعلوه كالصاحى فى الحد بالقذف بدليل ماروى أبو وبرة الكلبى . قال أرسلنى خالد إلى عمر فأتيته فى المسجد ومعه عثمان وعلى وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت ، إن خالداً يقول إن الناس انهمكوا فى الخمر

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٢٦٨

وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون ، فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجلده كالصاحى . ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحى ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون (١) وروى من طريق عبد الرحمن بن مهدى عن خراش بن مالك الجهضى حدثنى يحيى بن عبيد عن أبيه أن رجلا من أهل عمان تملأ من الشراب فطلق امرأته ثلاثا فشهد عليه نسوته فكتب إلى عمر بذلك فأجاز شهادة النسوة وأثبت عليه الطلاق ، ومن طريق ابن عبيدنا يزيد بن هارون عن جرير بن حازم عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد أن رجلا طلق امرأته وهو سكران فرفع إلى عمر بن الخطاب وشهد عليه أربع نسوة ففرق عمر بينهما (٢) .

رابعا : السكران تسبب فى إذهاب عقله بما هو معصية فيعتبر قائم العقل تقديراً وزجراً له وعقوبة فتنفذ تصرفاته كالصاحى . وتناقش هذا بأن الشارع قدر له عقوبة الحد فلا تثبت له عقوبة أخرى بمحض الرأى كما أننا نناقشه أيضا بأنه لافرق بين زوال العقل بطريق محظور أو مباح الا ترى أن المرأة لو ضربت بطنها فأسقطت الجنين فنفست تسقط عنها الصلاه كما لو حدث ذلك بغير فعلها ، فيكون السكر الذى تسبب فيه بفعله كما لو أسكره غيره ، وهو لايعلم ، او يعد كالسكر للتداوى .

---

(١) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ١١٥

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٩

« أدلة القائلين بعدم وقوع طلاق السكران » .

أولا : قوله تعالى « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون »(١) بين الله تعالى أن السكران لا يعلم ما يقول : فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ومن علم ما يقول فليس بسكران ، ومن خلط فأتى بما يعقل وما لا يعقل فهو سكران لأنه لا يعلم ما يقول ، ومن أخبر الله تعالى أنه لا يدرى ما يقول فلا يحل أن يلزم شيئا من الأحكام لا طلاقا ولا غيره لأنه غير مخاطب إذ ليس من ذوى الألباب(٢)

ثانيا : وفى حديث بريدة فى قصة ماعز أنه قال « يارسول الله طهرنى ، قال: مم أطهرك ؟ قال من الزنا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبه جنون ؟ فأخبر أنه ليس بمجنون ؟ فقال أشرب خمراً ، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أزنيت ؟ قال نعم ، فأمر به فرجم ، رواه مسلم والترمذى وصححه(٣) ، ووجه الدلالة من هذه القصة أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل أن يصدر الحكم عليه بالرجم استفسر عن شيئين لا ثالث لهما ، الأول « هل له عقل سليم حتى يقبل قوله وإقراره ، ولذا قال أبه جنون ، ولما ثبت له أنه ليس به جنون انتقل إلى الاستفسار الثانى فقال أشرب خمراً وهذا يؤدى بنا إلى أن زوال العقل بعارض سماوى أو بعارض مكتسب كالسكر مثلا يؤديان إلى إهمال الأحكام التكليفية فلم يحكم عليه إلا بعد أن قام أحد الجالسين وشم رائحة فمه وأخبره أنه لم يشرب خمراً ، وبعد ذلك صدر عليه الحكم فكأن عبارة السكران لا يعتد بها ولا يلتفت إليها ولا ينتج لها أثرا سواء كانت

---

(١) سورة النساء .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ صـ ٢٨

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٢٦٥ ط الأخيرة .

فى عقود المعاملات أو فى عقد الطلاق وغير ذلك .

(ثالثاً) : وروى عن عثمان : ليس لمجنون ولا سكران طلاق ، وقال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز ذكرهن البخارى فى صحيحه (١) .

(رابعاً) : أن أقل مايصح معه التصرف القصد أو مظنته وليس للسكران أحدهما .

(ب) لأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المكره ، ولأن العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ولا يتوجه ذلك إلى من لايفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلى قاعداً ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف .

(جـ) الفهم مناط التكليف وحيث لايفهم فلا تكليف فإن قيل إن بقاء التكليف لمن سكر بمحظور زجراً له نقول إن الشارع قد حدد عقوبته وليس لنا أى تجاوز فنضيف إليها عقوبة أخرى بمحض الرأى .

والراجح لدينا ، والذى نميل إليه هو أن طلاق السكران لايقع وذلك لعدة أسباب :

(الأول) : أن أدلة القائلين بوقوع طلاقه قد نوقشت ووجهت إليها اعتراضات

(ثانيا) : أن الفقهاء على المذاهب الأربعة نجد أن بعضهم قد قال بعدم وقوع طلاقه فمثلا الشافعى عنه روايه تقول بعدم الوقوع وكذلك أحمد بن حنبل ، أما الأحناف فبعض أتباع الإمام أبى حنيفة بعدم وقوع طلاقه ، وروى رجوع

---

(١) المرجع السابق .

بعض من قالوا بوقوع طلاق السكران ، فقد جاء فى المحلى لابن حزم ما نصه : « روينا من طريق ابن أبى شيبة نا وكيع عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن أبان ابن أبى معروف عن عطاء بن أبى رباح قال طلاق السكران لا يجوز ، ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه لا يجوز طلاق السكران (١) .

فمن مجموع النص المتقدم نجد أن كثيراً ممن قال بوقوع طلاق السكران قد رجع عن قوله :

(ثالثا) : أن عليا كرم الله وجهه عندما قال . إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فعليه حد المفترين أى ثمانون جلده . قد أثبت أن عليه حد القذف ولم يقل صراحة بوقوع طلاقه . والأحكام لا تؤخذ من مضامين الكلام وإنما تؤخذ من صريح المنطوق ، لاسيما وأن وقوع طلاق السكران ستترتب عليه آثار قد تكون ضارة .

(رابعا) : إن وقوع طلاق السكران تعد عقوبة له على سكره وهذه العقوبة لا يتحمله هو فحسب بل تتعداه إلى غيره فكيف يتحمل غيره نتيجة خطأه والله سبحانه وتعالى يقول « ولا تزر وازرة وزر أخرى »(٢) ولو قلنا بوقوع الطلاق لقررنا عقوبة ربما لم يردها الشارع ويكفى أن الله سبحانه وتعالى قد وضع له عقوبة حد القذف .

(خامسا) قد يقول قائل بأن ألفاظ الطلاق ليست من الأحكام التكليفية بل من الأحكام الوضعية . وأحكام الوضع لا يشترط فيها التكليف ، لأنا نقول ،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٠

(٢) سورة فاطر .

الأحكام الوضعية تقيد بالشروط كما تقيد الأحكام التكليفيه ، وأيضا السبب الوضعى هو طلاق العاقل لامطلق الطلاق بالاتفاق وإلا لزم وقوع طلاق المجنون بل إن من الأصوليين من جعل الحكم الوضعى قسما تابعا للحكم التكليفى فقال إن الحكم التكليفى خطاب الله المتعلق بأفعـــال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع (١) وبمقتضى هذا التعريف وجعل الحكم الوضعى جزءاً من الحكم التكليفى والتكليف مناطه العقل ، والعقل معدوم بسبب السكر أو أن المسكر قد غطى عليه فمنعه من العمل ومن ثم لايقع طلاقه حتى بمقتضى خطاب الوضع .

ولذلك ترى المحاكم بعد أن كانت سائرة على وقوع طلاق السكران إذا كان مكره بمحرم طبقا للراجح من مذهب الحنفية أصبحت منذ قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لاتعمل بالوقوع وتسير على عدم وقوع طلاق السكران فقد جاء فى المادة الأولى من القانون المذكور « لايقع طلاق السكران » .

وينبنى على ماتقدم الحكم فى عتقه ونذره وبيعـــه وشرائه وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم فى طلاقه لأن المعنى فى الجميع واحد(٢) .

المبحث الرابع

الشرط الرابع الطوع

يشترط فى المطلق حتى يقع طلاقه ، أن تصدر عبارته عن طواعية منه واختيار بمعنى أن تكون العبارة صادرة عن إرادة كاملة ، لايشوبها عيب من عيوب

---

(١) التمهيد للاسنوى ص ٥

(٢) تنظر المراجع السابقة .

الرضا ، كالإكراه وغيره ، فان كان قد صدر الطلاق من غير طواعيه وعن طلاق المكره بفتح الراء فلا بد لنا أن نتعرض أولا لبيان معنى الإكراه وشروط توافره، ثم بعد ذلك نذكر آراء العلماء فى حكم طلاقه .

وحد الإكراه قد ورد فيه تحديدان ومعنيان .

(الأول) إذا نيل بشىء من العـــذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط فى الماء مع الوعيد فانه يكون إكراها بلا إشكال(١) لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمســح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك »[٣٣] رواه أبو حفص بإسناده وقال عمـــر رضى الله عنه « ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أوجعته من الجوع أو ضربته أو وثقته» ، وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد بن حنبل فيه روايتان إحداهما ليس بإكراه لأن الذى ورد الشرع بالرخصة معه هو ماورد فى حديث عمار ، وفيه أنهم أخذوك فغطوك فى الماء ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

---

(١) ويحصل الإكراه بالتخويف بالقتل والقطع والضرب الشديد والحبس وأطلقه فى الروضة وقيد فى المذهب الشافعى وغيره بالحبس الطويل ويحصل الإكراه بالتخويف بأخذ المال وإتلافه وزاد الشيخ أبو على التوعد بنوع استخفاف الرجل الوجيه قال النووى الأرجح عندى أن يكون الإكراه يحصل بأن يكرهه على فعل يؤثر العاقل الاقدام عليه حذرا مما يهدد به ، فعلى هذا ينظر فيما طلب منه وماهدد به فقد يكون الشىء إكراها فى مطلوب دون مطلوب شخص دون شخص . كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ج٢ ص١٠٦ .

(الثانى) أن الوعيد بمفرده إكراه قال فى رواية ابن منصور حد الإكراه إذا خاف القتل أو ضربا شديداً وهذا قول أكثر الفقهاء ، وبه يقول أبو حنيفه والشافعى لأن الإكراه لايكون إلا بالوعيد فإن الماضى من العقوبة لايندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعا لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو فى الموضعين واحد ، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله وإلقائه بيده إلى التهلكةولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئا لأنه إذا أطلق فى هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الإكراه فى حق من ينل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوته فى حق غيره ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه فى الذى تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقنى ثلاثا وإلا قطعته فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فرده اليها رواه سعيد باسناده وهذا كان وعيداً (١) .

[شروط الاكراه :

ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه وحكى عن الشعبي أن أكرهه اللص لم يقع طلاقه وإن أكرهه السلطان وقع قال ابن عيينة لأن اللص يقتله وعموم ما ذكرناه فى دليل الإكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عمراً لم يكونوا لصوصا وقد قال النبي ﷺ لعمار إن عادوا فعد ولأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق كاكراه اللصوص . والثانى : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه ، الثالث أن يكون مما

---

(١) نيل الأرطار جـ ٦ ص راجع المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١١٩ .

يستضر به ضرراً كثيرا كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين ، فأما الشتم والسب فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير فأما الضرر اليسير فإن كان فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون غضارا بصاحبه وغضا له وشهرة فى حقه فهو كالضرب الكثير فى حق غيره ، وإن توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس بإكراه لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون اكراها لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا (١) . ومما تقدم يتضح أن الإكراه معنى يحل بالمكره من خارج وهو المكره فيهدده بإيذاء فى بدنه أو ماله أو ولده إن لم يفعل ما أكره عليه سواء كان طلاقا أو غيره ، وقد يكون الإكراه بإيذاء معنوى بأن قام المكرة بالتأثير على المكره بشىء خارج عن إرادة المكره كتهديد وظيفى فى عمله الذى يعتبر مصدر رزقه ، والإكراه المعنوى بالإكراه المادى مادام الأثر الناتج عنهما واحد وهو التهديد على إيقاع الفعل .

ولو أكره شخص آخر على طلاق امرأته بتهديده سواء كان فى ماله أو بدنه فنطق المكره بالطلاق ، فهل يقع طلاقه وينتج أثره ، بمعنى أن امرأته تبين منه إن كانت الطلقة الثالثة أو كانت بائنة او لا يقع طلاقه . وقد اختلف الفقهاء فى وقوع طلاقه على رأيين ، الأول ، يقول لا يقع طلاق المكره .

وهذا القول مروى عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر ابن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمه والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وأيوب السختيانى

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٧ صـ ١٢٠ .

ورواية عن مالك وهو مذهب المغيرة والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد والحنابلة والظاهرية (١) .

« القول الثانى » يقولون بوقوع طلاق المكره .

فان كانت ثالثة طلقت عليه امرأته لا يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره وتبين منه إن كانت بائنة وهذا القول مروى عن أبو قلابه والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة وصاحباه (٢) ورواية عن مالك (٣) .

واستدل أصحاب القول الاول

أولا بما روى عن عائشة قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاطلاق ، ولا عتاق فى إغلاق » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (٤) فسر الشافعى وغيره وكذلك الشوكانى الإغلاق بالإكراه وعلى ذلك فيكون معنى الحديث لاطلاق فى إكراه فهو دال بعبارته على أن طلاق المكره غير واقع . وهذا الحديث يصبح مقيدا لقوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » رغم أنه خبر آحاد وذلك لأن الآية قيدت أولا بحديث رفع القلم

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ صـ ٢٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ٢٨٩ ، المغنى لابن قدامه جـ ٧ صـ ١١٨ ، المحلى لابن حزم جـ ١٠ صـ ٢٠٢ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ صـ ١٧٧ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٢ صـ ١٩٥ .

(٣) القوانين الفقهية صـ ٢٥٢ .

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٤ . شرح معانى الآثار للطحاوى جـ ٣ ص ٩٩ ، ابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٠

فأصبحت بعد هذا التقييد ظنية فصلح خبر الآحاد مقيدا لها بعد ذلك لاستوائهما في الظنية .

« ثانيا » روى عن طريق بشر بن كعب قال أخبرنا الأوزاعي ، عن عطاء ، من عبيد ابن عمير ، عن ابن عباس ، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجاوز الله لى عن أمتى ، الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والعفو عن الشىء عفو عن موجبه فان قال الخصم هذا خاص بالإكراه على الكفر لأنه ورد وقت أن كان القوم حديثى عهد بالإسلام وكان الإكراه على الكفر ظاهرا يومئذ وكانت كلمات الكفر تجرى على ألسنة الناس وسهواً . قلت العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

« ثالثا » ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى » (١) وجه الدلالة ، أنه قصر العمل على أنه لايصح إلا بنية ، وأن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به ، وطلاق المكره عمل بلا نية فهو باطل وإنما هو حاك لما أمر أن يقوله فقط ولا طلاق على حال ، ونية المرء خير من عمله كما أنها مناط الحساب والمؤاخذة بدليل أن عمار بن ياسر عندما اكره على النطق بكلمة الكفر وأطاعهم ونطق بها ، بعد تعذيبهم إياه فذهب إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره بما فعل فقال له النبي كيف تجد قلبك ياعمار قال أجده مطمئن بالإيمان ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم إن عادو فعد ، وجاء القرآن مؤيدا ومعضداً لما قاله النبي صلى الله عليه وسلم « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا

---

(١) شرح معانى الآثار للطحاوى حـ ٣ ص ٩٥ ، سنن ابن ماجه حـ ١ ص ٦٥٩ رقم الحديث ٢٠٤٣

من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، (١) هذا بالنسبة لقضية الكفر والإيمان كان مدارهما على النية ومقرهما فى القلب فمن باب أولى أن يؤثر الإكراه فى الأحكام المكره عليها لا سيما أنها تمس جانبا هاما فى حياة المكره .

« أدلة أصحاب القول الثانى »

« أولا » من الكتاب قال تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٢) هذه الآيه مطلقة تفيد وقوع الطلاق الصادر من الزوج سواء كان طائعا أو مكرها ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن هذه الآية دخلها التقييد باستثناء طلاق الصبى والمجنون والنائم بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث ... الخ فبقيت دلالتها ظنية فى الباقى فجاء الحديث « لاطلاق فى إغلاق » فأخرج المكره ولحق بالثلاث المشار إليهم آنفا .

ثانيا « السنة » روى عن اسماعيل بن عياش حدثنى الغازى بن جبلة عن صفوان بن عمران الطائى أن رجلا جلست أمرأة على صدره وجعلت السكين على حلقه وقالت له طلقنى أولاذ بحنك فناشدها فأبت رطلقها ثلاثا وذهب إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وقص عليه ما حدث فقال « لا قيلولة فى الطلاق » (٣) وجه الدلالة من الحديث أن كلمة قيلولة نكره واقعة فى سياق النفى فتفيد العموم ودلالة العام قطعية ، ثم إن القصة التى سبقت تدل على وقوع طلاق المكره ، ولو كان لا يقع طلاقه لتغيرت الإجابة ، وهذا الحديث بمنطوقه صريح فى الدلالة على ما قلنا . ونوقش هذا الدليل من حيث سنده أن اسماعيل بن عياش

---

(١) سورة النحل

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٨

ضعيف وأن الغازي بن جبلة مجهول وصفوان ضعيف .

ثالثا ، روى عن سعيد بن منصور نا فرج بن فضالة حدثني عمرو بن شراحيل المعافري ان إمرأة سلت سيفا فوضعته على بطن زوجها وقالت والله لا نفذنك أو لتطلقني فطلقها ثلاثا فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فامضى طلاقها (١) .

رابعا ، المعقول . لأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع ، فصار كالهازل ، ولأنه معنى تقع به الفرقة ، فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضا ، وكل ما صح فيه الخيار فالإكراه يؤثر فيه ، كالبيع ، والاجارة ونحوهما ، (٢) والراجح لدينا أن طلاق المكره لا يقع ولا يلتفت إليه ولا ينتج أثره وذلك لعدة أسباب :

الأول ، أن المكره يعتبر كالآلة في يد المكره يفرض عليه ما يريد خاضع لتنفيذ أوامره ،

ثانيا ، أن المكره مسلوب الارادة معدوم الإختيار ، شيء هام كالطلاق يعتمد أساسا وبالذات على وجود الارادة الحرة المختارة لا سيما وأننا قد اسلفنا آنفا أن الطلاق عقد ، والرضا من أهم أركانه وأساس بنيانه ، والاكراه عيب يزيل هذا الركن الهام لذى يتنافى مع صفة الانعقاد .

ثالثا ، إن الأدلة التى استدل بها القائلون بالوقوع لم تسلم من إنتقادات وجهت إليها سواء كان من حيث دلالتها أو من حيث ثبوتها ، وجهت إليها سواء كان من حيث دلالتها أو من حيث ثبوتها .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٣

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٧٧

« رابعا » وربما حمل الفقهاء على الخلاف فى وقوع طلاق المكره ، هل المطلق بسبب الإكراه مختار ، أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره والمرء على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى ايقاع الشىء أصلا ، فمن يرى أن صدور اللفظ منه يؤدى إلى إيقاع الطلاق وقاسه على الهازل بجامع صدور العبارة من كل رأى الوقوع ومن رأى أن صدور اللفظ غير كاف فى الوقوع مادامت النية لا تتجه اليه رأى عدم الوقوع (١) هذا ويستثنى من القاعدة الخلافية فى وقوع طلاق المكره الاكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص أكثر من أربعة أشهر إذا لم يفئ واكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لانه قول حمل عليه بحق فصح كاسلام المرتد اذا اكره عليه ولأنه انما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود (٢) .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٩٤

(٢) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١١٨

الفصل الثانى

مالا يشترط فى المطلق

تقدم أنه يشترط فى المطلق شروط أربع لابد من توافرها وفيما يلى نتكلم عن أشياء لا يشترط توافرها فى المطلق بحيث لو وجدت عبارة الطلاق من المطلق مع إنعدام هذه الأشياء فلا تتأثر العبارة وتكون منتجة آثارها من وقوع الطلاق وهى الحرية والصحة وجدية العبارة .

« أولا » من حيث الحرية :

لا يشترط فى المطلق أن يكون حـــراً ، لأن الطلاق لصيق بارادة الشخص والإرادة أمر معنوى لا يمكن ملكه والإستيلاء عليه وكل ما كان لصيق بالإرادة فلا يمكن الاستيلاء عليه أيضا ، فانه يعتبر شىء خاضع للاعتقاد كالصلاة والصيام وغيرهما ، وكذلك الطلاق فإن قام العبد بتطليق إمرأته فهل يصح طلاقه بعبارته أو لا يصح ، بدون نظر إلى من كانت تحته من النساء حرة أو أمه ، وإن كان من المتفق عليه أن نكاح العبد راجع إلى سيده فلا بد من أخذ رأيه وموافقته عليه لأنه وليه ، وربما منعه منه مخافة تقصيره فى خدمته ، وأما طلاقه يترتب عليه إزالة النكاح ، فهل يرجع إلى سيده أو يختص به العبد . وقع فى ذلك الخلاف .

أولا . أن طلاق العبد بيده وهو قول إبن عمر وسعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم والحنفية والشافعية والمالكية وأهل الظاهر ( ) .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٠ ، تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ١٩٦ ، الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٦٧

ثانيا . أن طلاق العبد لا يقع بعبارته وتفتح عبارته الفرقة وإنما هو راجع إلى سيده وهو قول ابن عباس وجابر بن عبد الله ، وأبي الشعثاء ، وأهل المدينة وقول لعطاء ، (١)

أدلة القائلين بأن طلاق العبد بيده

أولا الكتاب ، قول الله عز وجل « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » (٢) وقال تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » (٣) ، وقال تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » (٤) فسوى تعالى بين طلاق كل ناكح من حر أو وعبد أو عربي أو عجمي أو مريض أو صحيح وما كان ربك نسيا ، ونحن نشهد بشهادة الله عز وجل أنه تعالى لو أراد أن يفرق بين شيء من ذلك لما أهمله ولا أغفله ولا غشنا بكتمانه ولبينه لنا على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم فاذا لم يفعل ذلك فوالله ما أراد الله قط فرقا بين شيء من ذلك ، وبالآيات التي ذكرنا صح أن الطلاق بيد الناكح لا بيد سواه فدخل في ذلك الحر والعبد دخولا مستويا بلا شك .

ثانيا - عن ابن عباس قال « أتى النبي صلى الله عليه وسلم وآله وسلم رجل فقال : فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : يا أيها الناس ، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ، ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٣١

(٢) سورة الطلاق

(٣) سورة الأحزاب

(٤) سورة النور

رواه ابن ماجه والدار قطني (١) وهذا الحديث يفيد صراحة بمنطوقه أن الطلاق ثابت لمن يعاشر الزوجة معاشرة حقيقية دون غيره بدليل لفظ « إنما » وهي تفيد قصر الطلاق على من أخذ بالساق وتنفيه عما عداه دونما تفرقة بين حر وعبد ، إذ الكل يدخل تحت لفظ الزوج وأيضا تحت لفظ المطلق .

ثالثا : إن ملك النكاح من خصائص الآدمية والعبد دخل في ملك المولى من حيث المالية دون الآدمية ولهذا كان النكاح يرجع فيه إلى المولى لإجازته وصحته لأن النكاح يستلزم الصداق ، ويلتزم المولى بدفعه لهذا إعتبر رأى المولى بخلاف الإقرار بالحدود والدم فان العبد يملك الإقرار بها دون رجوع إلى رأى سيده لتعلق الجناية برقبته والحدود بزمته ، فيقاس عليها الطلاق ولهذا يقع طلاقه لكونه مالكا لاطلاق مولاه على إمرأته لاستحالة وقوعه بدون الملك (٢) .

ادلة القائلين بان طلاق العبد بيد سيده

استدلوا بالآثار الواردة من طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عطاء أن إبن عباس كان يقول : طلاق العبد بيد سيده أن طلق جاز ، وإن فرق فهي واحدة إذا كانا له جميعا ، فان كان العبد له والأمة لغيره طلق السيد أيضا إن شاء ، وحدثنا محمد بن سعيد بن نبات نا أحمد بن عبد الله ابن عبد البصير ناقاسم بن اصبغ نا محمد بن عبد السلام الخشني نا محمد بن المثنى نا عبد الرحمن ابن مهدى عن سفيان الثورى . عن عبد الكريم الجزرى عن عطاء عن ابن عباس قال: ليس طلاق العبد ولا فرقته

---

(١) سنن ابن ماجه حـ ٢ ص ٦٧٢ رقم الحديث ٢٠٨١ ، نيل الاوطار حـ ٦ ص ٢٦٨ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ٢ ص ١٩٦

بشىء (١) وههنا عم الحرة والأمة ، ومن طريق عبـــد الرازق نا ابن جريج أنا أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول فى الأمة والعبد ، سيدهما يجمع بينهما ويفرق . ومن طريق عبد الرازق نا ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار عن أبى الشعثاء أنه قال . لا طلاق لعبد إلا باذن سيده .

والراجح لدينا هو القول الأول القائل بصحة طلاق العبد وجعله بيده لا بيد مولاه لعدة أسباب .

اولا ، لان العمومات الواردة بشأن الطلاق فى كتاب الله لم تفرق بين الحر والعبد ، فالتفرقة هنا تعد من قبيل التحكم ومن أصدق من الله قيلا .

ثانيا ـ إن صريح الحديث بمنطوقه يدل على أن طلاق العبد واقع عندما قصر الطلاق على من أخذ بالساق وإن كان فى الحديث ضعف الا أنه لا يمنع العمل به إذ أن الأحاديث الضعيفة يعمل بمقتضاها اذا لم يكن غيرها فى الباب . ثم ان ضعف ابن لهيعة لا يؤدى الى انقطاع سند الحديث وبالتالى لا يؤدى الى ابطال العمل به وأيضا ان الحديث المروى عن ابن عباس هو المثبت لصحة طلاق العبد ، وقول ابن عباس بعدم الصحة ربما رجع عن قوله بعد رواية الحديث .

ثالثا ـ ان عبارة الطلاق لصيقة بالزوج لا يمكن انفكاكها عنه إلا بتنازله صراحة وبطريقة التوكيل أو التمليك والقول بغير ذلك إهمال للمنطق الذى تقره العقول السليمة ، وجعل طلاق العبد بيد سيده خروج عن المعروف المألوف ، كما أن طلاق العبد لا يترتب عليه التزام مالى بالنسبة لسيده . والكلام عن طلاق العبد

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٠

بحرنا إلى أن العبد إن كانت تحته أمه فله تطليقتان بالإتفاق ، ولكن ما الحكم لو كانت تحته حرة . أى أن اعتبار عدد الطلاق بالنساء حتى كان طلاق الحرة ثلاثا وطلاق الأمة ثنتين حرا كان زوجها أو عبدا وذلك عند الحنفية ، وقال الشافعى عدد الطلاق معتبر بحال الرجل لقوله عليـــه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ، ولأن صفة المالكية كرامة والإدمية مستدعية لها ، ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر واستدل الحنفية بما روى عن عائشة عن النبى ﷺ « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » رواه ابن ماجه وأبو داوود والترمذى والدارقطنى (١) .

قال الترمذى حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم وفى الدار قطنى قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وهذا إجماع وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده ولا يقال أراد به الأمة تحت العبد لانا نقول عدة الاماء لاتختلف بين أن تكون تحت حر أوعبد وتقييده فى حق الطلاق يوجب تقييده فى حق العدة ولم يقل به أحد فكان باطلا ولأن حل المحلية نعمة فى حقها والرق أثر فى تنصيف النعمة فالحرة تملك التزوج برجل ثلاث مرات فوجب أن تملك الأمة مرة ونصف إلا أن العدة لا تتجزء فتتكامل وما رواه موقوف على ابن عباس غير مرفوع ذكره أبو الفرج وأويله على تقدير الثبوت أن ايقاعه بالرجل دون عدده وظاهر قوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن يقتضى أن يكون زوج الحرة المطلقة ثنتين متمكنا من رجعتها حرا كان زوجها أو عبدا ولا يرد علينا الأمة تحت الحـــر لاختصاص المطلقات بالحرائر لقوله تعالى « يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » إذ الأمة تعتد بقرأين وكذا قوله تعالى الطلاق

---

(١) سنن ابن ماجه جـ ١ صـ ٦٧٢ رقم الحديث ٢٠٧٩ .

مرتين فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » يقتضى أن يتمكن من الرجعة بعد الطلقتين حرا كان زوجها أو عبدا ولأن الحر لو ملك ثلاثا على الأمة لملك إيقاعه عليها على وجه المشروع وهو إيقاعه فى أوقات السنة لأن من ملك الطلقات يملك إيقاعه فى أوقات السنة وبه أفحم عيسى بن أبان بن صدقة الشافعى فقال أيها الفقيه إذا ملك الحر على الأمة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فإذا حاضت يوقع عليها واحدة فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال أمسك حسبك فإن عدتها قد انقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال ليس فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة قال رحمه الله «وطلاق الحرة ثلاث والأمة ثنتان» لما بينا (١) .

ثانيا : من حيث الصحة

لا يشترط فى المطلق أن يكون صحيحا أو متمتعا بكامل صحته ، بل مجرد عبارة الطلاق من المطلق يؤدى إلى الوقوع ، بل إن أحدا من الفقهاء لا يخالف فى وقوع طلاق المريض أيا كان نوع هذا المرض سواء كان مرضا خفيفا وهو ما يسمونه بمرض الموت ، مات منه المريض بالفعل أو لم يمت ، ولكن خلاف الفقهاء وقع فى الإرث وغيره من الأشياء المترتبة على الطلاق .

وسبب الخلاف ، اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون إنما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولاحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا (٢) .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ صـ ١٩٦ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ صـ ٩٥ .

وعلى هذا فان على المريض إما أن يطلق امرأته قبل الدخول أو بعده ، فانه لو طلق امرأته ثلاثا فى مرضه قبل الدخول بها ففى ذلك أربع روايات :

« الرواية الأولى » لها الصداق كاملا والميراث ، وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبى عبيد لأن الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغى أن تكون العدة عدة الوفاة لأنا جعلناها فى حكم من توفى عنها وهى زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها . وهذه الرواية وإن كانت قد جعلت المطلق فى حكم الفار ، فعاقبته بنقيض قصده، إلا أنها خالفت النص حيث يقول الله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (١) فالنص يحدد تنصيف الصداق المتفق عليه ما دام الطلاق قبل الدخول بها دونما تفرقة بين ما يفر ومن لا يفر ، والعام يحمل على عمومه حتى يرد المخصص ولا مخصص ، هذا أولا .

وثانيا ، إن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها بصريح نص الكتاب حيث قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما عليهن من عدة تعتدونها (٢) » .

ثالثا ، وأما من حيث ثبوت الميراث فإنه يقصد المعاقبة بنقيض المقصود ، بغية فرار المطلق ، وهذه عقوبة لم تقدر فى نص من النصوص المتقدمة .

« الرواية الثانية » لها الميراث والصداق ولا عدة عليها ، وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا تجب بفراره .

---

(١) سورة البقرة .

(٢) سورة الأحزاب .

« الرواية الثالثة » لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه ، لأن من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لأن الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته .

« الرواية الرابعة » لاميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ، وهو قول جابر ابن زيد والنخعي وأبي حنيفة ورواية لمالك وأكثر أهل العلم ، قال أحمد بن حنبل قال جابر ابن زيد لاميراث لها ولا عدة عليها ، قال الحسن ترث قال أحمد أذهب إلى قول جابر وذلك لأن الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأى والتحكم وأما الميراث فإنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح . فأشبهت المطلقة في الصحة ، أما إذا إختلا بها دون يمسها وادعى عدم وطئها وصدقته في دعواه فلها الميراث وعليها العدة الوفاة ويكمل لها الصداق لأن الخلوة تكفى في ثبوت هذه الأحكام وهذا قول ابي حنيفة وأصحابه .

أما أن كانت المرأة مدخولا بها .

إذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة ، سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ، روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك إمساكها بالرجعية بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد ، وإن طلقها في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا فبانت بانقضاء العدة لم يتوارثا إجماعا ، وإن كان الطلاق في المرض

المخوف ثم مات من مرضه ذلك فى عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت ، يروى هذا عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال عروه وشريح والحسن والشعبى والنخعى والثورى ، وأبو حنيفة من أهل العراق ومالك من أهل المدينة وابن أبى ليلى ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه فى القديم(١) . ورواية لأحمد واستدلوا على ذلك بما روى عن طريق شعبة عن المغيرة ابن مقسم عن عبيدة بن مغيث عن ابراهيم النخعى عن عمر بن الخطاب أنه قال «الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا ورثتهما كانت فى العدة . وعن طريق أبى بكر بن أبى شيبة نا جرير بن عبد حميد عن المغيرة عن ابراهيم عن شريح قال (أتى عروة البارقى من عند عمر فى الرجل يطلق امرأته ثلاثا فى مرضه أنها ترثه مادامت فى العدة ولا يرثها . ومن طريق وكيع عن سفيان الثورى عن المغيرة عن ابراهيم عن ابن عمر قال : إذا طلق إمرأته ثلاثا وهو مريض ورثت فى العدة(٢) من مجموع الآثار المتقدمة يتضح أن ميراث المراة المطلقة هو الثابت دون ميراثه منها فإنه لم يثبت . وروى من طريق ابن شيبه نا يزيد بن هارون انا سعيد بن أبى عروبة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت فى المطلقة ثلاثا وهو مريض ترثه مادامت فى العدة وهذا هو القول الأول .

والقول الثانى» أنه طلاق لايعتد به فتظل علاقة الزوجية قائمة فترثه أثناء العدة وبعد إنقضائها وهذا القول روى عن أبو بكر وعبد الله والحسن وهو قول البتى

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٩٤ وللقديم شروط أحدها كون الزوجة وارثة ، فلو استلمت بعد الطلاق فلا ، ثانيا : عدم إختيارها ، فلو اختلعت أو سألت فلا ، ثالثها : كون البينونة فى مرض مخوف ومات بسببه فإن برىء منه فلا ، رابعها : كونه بطلاق لابلعان وفسخ ، خامسها : كونه منشأ ليخرج ما إذا أقر به ، سادسها : كونه منجزاً .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٩

وحميد وابن أبى ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك من أهل المدينة واستدلوا لذلك بما روى عن محمد بن سعيد بن نبات نا ابن مفرج نا عبد الله بن جعفر بن الورد نا يحيى بن أيوب ابن بادى العلاف نا يحيى بن بكير نا الليث ابن سعد عن نافع مولى ابن عمر قال : ان عبد الرحمن بن عوف طلق إمرأة له كلبية فى مرضه الذى مات فيه فكلمه عثمان ايراجعها فتلكأ عليه عبد الرحمن فقال عثمان : قد أعرف إنما طلقتها كراهية أن ترث مع أم كلثوم وإنى والله لأقسمن لها ميراثها ، وإن كانت أم كلثوم إختنى قال نافع : وكان آخر طلاقها فى مرضه فصح أنه لم يكن يراه طلاقا . فكل ماروى عن عثمان بعد هذا فهو مردود إلى هذا . وجاء عن عثمان أيضا أن عبد الرحمن بن مكمل طلق بعض نسائه بعد أن أصابه فالج ثم مات بعـد سنتين فورثها منه عثمان وصح عنه أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف الكلبية وقد طلقها وهو مريض آخر ثلاث تطليقات ثم مات بعد أن اتمت عدتها فقيل لعثمان لم تورثها من عبد الرحمن . وقد علمت أنه لم يطلقها ضرارا ولا فراراً من كتاب الله عز وجل فقال عثمان : أردت أن تكون سنة يهاب الناس الفرار من كتاب الله عز وجل (١) ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لايزول بانقضاء العدة .

(القول الثالث) : يقول بأنهما لايتوارثان بموجب الطلاق إلا إذا كانت المطلقة حاملا أو كان طلاقها بقصد الإضرار بها ، أى لحـــرمانها من الإرث ، والحالتين مقيدتين بأن يموت أثناء العدة وروى ذلك من طريق سعيد بن منصور نا اسماعيل ابن عياش عن هشام بن عروة أنه سأل أباه عروة عمن طلق امرأته

---

(١) المرجع السابق

البته وهو مريض ؟ فقال عروة : لايتوارثان إلا أن يكون بها حبل أو يطلق مضارة فيموت وهو فى العدة منه .

« القول الرابع » أنهما يتوارثان إن مات من مرضه ذلك بمعنى أنه يرثها الزوج إذا ماتت وترثه الزوجة إذا مات . وروى ذلك عن طريق عبد الرازق عن معمر عمن سمع الحسن يقول : يتوارثان إن مات من مرضه ذلك .

« القول الخامس » ترثه وإن صح ثم مات من مرض آخر . روى ذلك من طريق أبى عبيد نا عبد الله بن صالح نا الليث بن سعد عن يونس بن يزيد عن الزهرى أنه سئل عمن طلق امرأته وهو مريض فبتها فصح أياما وهى فى العدة ثم مرض ثم مات من وجع آخر أو عاد له وجعه قال الزهرى : نرى حين طلقها وهو مريض أنها فى قضاء عثمان ترثه ، وبهذا يقول سفيان الثورى والأوزاعى ، وزفر ابن الهذيل وأحمد بن حنبل ، واسحاق بن راهويه حكمهم يقول : إذا طلقها وهو مريض ثم صح ثم مات قبل انقضاء عدتها فانها ترثه وإن طلقها وهو مريض باذنها ورثته ، وهذا القول جامع بين القول الأول الذى يقصر الإرث على العدة والقول الثانى الذى يجعل الإرث يمتد حتى بعد انقضائها .

« القول السادس » أن المطلقة ترثه بعد العدة مالم تتزوج وهو قول شريك القاضى ، وأحمد بن حنبل ، واسحاق وأبى عبيد ، ويعتبر هذا الرأى راجع إلى القول الثانى حيث أنه يثبت لها الإرث أثناء العـــدة وبعدها ، والفرق بينهما أن الرأى الثانى مطلق فانه يثبت لها الإرث سواء تزوجت أم لم تتزوج وهذا الرأى يفترق عنه بأنه يعطيها الميراث مالم تنكح . روى من طريق محمـــد بن سعيد بن نبات نا أحمد بن عبد الله بن عبدالبصير نا قاسم بن أصبغ نا محمد بن عبدالسلام الخشنى نا محمد بن المثنى نا عبد الرحمن بن مهدى نا سفيان الثورى عن حبيب بن

أبي ثابت عن شيخ من قريش عن أبي بن كعب فيمن طلق امرأته ثلاثا فى مرضه قال لا أزال أورثها منه حتى يبرأ أو تتزوج أو تمكث سنة أو قال ولو مكثت سنه . ومن طريق عبد الرازق عن ابن جريج قلت لعطاء الرجل يطلق إمرأته مريضا ثم يموت من وجعه ذلك قال عطاء : ترثه وان إنقضت عدتها منه إذا مات فى مرضه ذلك مالم تنكح ، ومن طريق أبي عبيد نا يزيد بن هارون عن اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي فى التى يطلقها وهو مريض قال ترثه وإن كان إلى سنتين مالم تتزوج ، وقال أبو عبيد : وسمعت أبا يوسف القاضى يقول عن إبن أبي ليلى أنه قال فى المطلقة فى المرض ترثه مالم تتزوج واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته [1] .

« القول السابع » أنها لا ترث إلا ما دامت فى العدة وأنها تنتقل إلى عدة الوفاة وقاله أيضا بعض من ورثها بعد العدة كما روينا من طريق أبي عبيد نا يحي بن زكريا بن أبي زائدة عن أبيه عن الشعبي : قال باب من الطلاق جسيم إذا ورثت المرأة اعتدت ترثه مالم تنكح قبل موته فإذا ورثته اعتدت أربعة أشهر وعشرا ، ومن طريق وكيع عن سفيان الثورى عن المغيرة ابن مقسم عن ابراهيم النخعى قال : إذا طلق الرجل امرأته وهو مريض فمات ورثته واستأنفت العدة أربعة أشهر وعشرا ، ومن طريق عبد الرازق عن سفيان الثورى أنه قال اذا طلق

(١) لو جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبي حنيفة ومحمد لا ترث وعند أبي يوسف ترث وهو مبنى على أصل وهو أن المبانة إذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده لأن الحمل حادث فى العدة من زنا ولهذا لايثبت نسبه منه لكن يتقنا براءة الرحم بعد وضعه فتنقضى به العدة وعندهما يحمل على أن الحمل من زوج تزوجته بعد إنقضاء علاتها من الاول لأن فى حمله على الزنا إضرار .

الرجل امرأته وهو مريض فانها تكون على أقصى العدتين ان كانت أربعة أشهر وعشرا أكثر من حيضتها أخذت بالاربعة الأشهر والعشر وان كان الحيض أكثر أخذت بالحيض . هذا هو قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف تمادى على الحيض فقط ولا تنتقل الى عدة الوفاة .

« طلاق المبتوتة »

وهى المطلقة طلاقا بائنا أو كانت طلقتها ثالثة . فلو فرض وكان البت من المطلق أثناء مرضه ، فروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث مبتوته . وروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعى لأنها بائن فلا ترث كالبائن فى الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولأن أسباب الميراث محصورة فى رحم ونكاح وولاء وليس لها شىء من هذه الأسباب .

وان كان عثمان رضى الله عنـــه قد ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن ابن عوف وكان طلقها فى مرضه فبتها ، واشتهر ذلك فى الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ، ولم يثبت عن على ولا عبد الرحمن خلاف فى هذا ، بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن « لئن مت لأورثنها منك » قال قد علمت ذلك ، وما روى عن ابن الزبير أن صح فى فهو مسبوق بالإجماع ، ولأن هذا قصد قصداً فاسداً فى الميراث فعورض بنقيض قصده كالقـاتل القاصـد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه (١)

---

(١) راجع المغنى لابن قدامه حـ ٦ ص ٢٣٠ ، المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٢٢٢ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى حـ ٢ ص ٢٠٦ .

« مسألة »

لو طلبت المرأة الطلاق من زوجها المريض مرضاً مخوفاً فلبى طلبها بخلع أو بطلقة بائنة أو خيرها بين البقاء معه وتركه فاختارت مفارقته ثم مات من مرضه فهل ترثه أولا ولو أبانها بأمرها واختلعت منه أو اختارت نفسها بتفويضه لم ترث وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ورواية عن الحنابلة ، لأنها رضيت بأبطال حقها لرضاها بالمبطل فيكون رضا ببطلانه وهو نابل له فينعدم التعدي والتأخير لحقها اذا كان متعديا بخلاف ما اذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز حيث ترث لأن المبطل للإرث اجازته وبخلاف النسب لأنه لا يقبل الابطال . وقال مالك لها الميراث في جميع ذلك لأن عبد الرحمن قال لتماضر اذا طهرت فآذنيني فطهرت فاعلمته فطلقها البتة فورثها عثمان ولم يعتبر رضاها به مبطلا قلنا ليس دلالة على رضاها بالطلاق المبطل للإرث وانما فيه اعلان بطهارتها عن الحيض وبمثله لا يبطل ارثها ولو فارقته بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لأن الفرقة من قبلها فكانت راضية بالبطلان وكذا لو وقعت الفرقة بالتمكين من ابن زوجها لما قلنا الا أن يكون الأب أمره بذلك فقربها الإبن مكرهة لأنه بالأمر انتقل اليه فيكون الأب كالمباشر له ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة (١) .

« مسألة » لو طلبت منه أن يطلقها طلاقا رجعيا فطلقها ثلاثا أو طلقها طلقة واحدة بائنة فهل ترثه أو لا . الحكم أنها ترث وسبب ذلك لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولهذا يحل له وطؤها ولا يحرم به الميراث فلم تكن بسؤالها إياه

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ٢٤٧ .

راضية ببطلان حقها وكذا لو طلقها واحدة بائنة لما قلنا وذكر في النهاية معزيا إلى فتاوى أبي الليث إذا قالت لزوجها طلقني فطلقها ثلاثا ورثت استحسانا ولم يذكر الرجعة في سؤالها وهذا صحيح لأن قولها طلقني ينصرف إلى الواحد الرجعي عند الإطلاق ولهذا ينصرف اليه في الوكالة والتفويض والافساد فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (١).

« مسئلة » لو طلق في مرضه ثم صح من مرضه ثم مات فهل ترثه أو لا رأيان في ذلك. الأول: لم ترثه وهو قول الجمهور، والثاني أنها ترثه روى ذلك عن النخعي والشعبي والثوري وزفر من الحنفية.

واستدل الجمهور فلأنه بالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت وأن حقها لم يتعلق بماله إذ مرض الموت هو الذي يتصل به الموت وما برأ منه ليس بمرض الموت ولهذا تعتبر تبرعاته فيه من جميع المال وكذا إذا أقر بالدين لا يقوم عليه غرماء الصحة.

واستدل المخالفون القائلين بأنها ترث لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح (٢).

« مسئلة » وإذا استكره الإبن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها وإن ماتت وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه، فان طاوعته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة فيما ينفسخ به

---

(١) المصدر السابق ج ٢ ص ٢٠٧.

(٢) المغني لإبن قدامه ج ٦ ص ٣٣١، تبين الحقائق ج ٢ ص ٢٤٧.

نكاحها . فأشبه ما لو خالعته ، وسواء كان للميت بنون سوى هذا الإبن أو لم يكن، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان إبنا من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن للميت أو بأبوين أو إبنين أو كان للميت امرأة أخرى تجوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الإبن وارثا بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثا فعاد محجوبا عن الميراث لورثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثالثة لأنه متهم فى حقها، ولو استكرههما دفعة واحدة ورثتا جميعا ، وهذا كله قول أبى حنيفة وأصحابه ، فأما الشافعى رضى الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيما وطىء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو ابنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات فى مرضه ولا يرثها وسواء طاوعته الموطوءة أو أكرها فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط ميراثها ، فإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئا لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فارا من ميراثها وكذلك لو وطىء ابنة امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فإن كان صبيأ عاقلا ورثت لأن له قصدا صحيحا . وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به ، وكذلك الحكم فيما إذا وطىء بنت امرأته او أمها. وللشافعى فى وطء الصبى ابنة امرأته أو أمها ، قولان أحدهما : لا ينفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم .

« والثانى » إن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفى القبلة والمباشرة دون الفرج روايتان ، إحداهما : تنشر الحرمة وهو قول أبى حنيفة وأصحابه لأنها

مباشرة تحرم فى غير النكاح والملك فأشبهت الوطء ، والثانية لا تنشرها لأنها ليست بسبب للبعضة فلا تنشر الحرمة كالنظرة والخلوة ، وخرج الحنابلة فى النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجهها أنها تنشر الحرمة .

« مسئلة » وإن فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فماتت فى مرضها ورثها الزوج ولم ترثه وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يرثها ، وروى عن الحنابلة أن أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل ، وإن اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنينا فأجل سنة لم يصبها حتى مرضت فى آخر الحول فاختارت فرقته ، وفرق بينهما لم يتوارثا فى قولهم أجمعين ، ذكر ابن اللبان فى كتابه ، وذكر القاضى فى المعتقة إذا اختارت نفسها فى مرضها لم يرثها ، وذلك لأن فسخ النكاح فى هذين الموضعين لدفع الضرر لا الفرار من الميراث ، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة فرج فيه وجهان :

« أحدهما » : ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت فى عدتها وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه ، « القول الثانى » لاينفسخ النكاح به وهو قول الشافعى رضى الله عنه ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه وهى صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح فى مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف نعلمه لأن النكاح من أصله غير صحيح عند الحنابلة ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه ، وروى عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها .

« مسئلة » إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه فى عدة المطلقة ورثتا جميعا ، هذا قول أبى حنيفة وأهل العراق وأحد قولى الشافعى رضى الله

عنه، والقول الآخر ، لاترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية . وقال مالك : الميراث كله للمطلقة لان نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ماكانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها إنما ترث ماكانت ترث لو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاث فى مرضه فليس للمطلقة إلا ربع ميراث الزوجات ولكل واحد من الزوجات ربعه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقه، فالميراث للزوجات فى احدى الروايتين وهو قول الشافعى رضى الله عنه ، وأبى حنيفة وأصحابه ، والروايه الاخرى أن الميراث للاربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة، وان كان له أربع نسوه فطلق إحداهن ثلاثا فى مرضه ثم نكح أخرى فى عده المطلقه أو طلق امرأه واحدة ونكح أختها فى عدتها ومات فى عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقى الزوجات الأوائل ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك ، وقال الشافعى رضى الله عنه ، النكاح الصحيح والميراث للجديده مع باقى المنكوحات دون المطلقة ويجىء على قوله القديم وجهان . « أحدهما » أن يكون الميراث بين المطلقة وباقى الزوجات كقول الجمهور ولاشىء للمنكوحه ، « والثانى » أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسه فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففى ميراثها روايتان ، إحداهما لاميراث لها فيكون الميراث لباقى الزوجات وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق ، والثانية : ترث معهن ولا شىء للمنكوحة ، وقال الشافعى رضى الله عنه : الميراث للمنكوحات كلهن ولا شىء للمطلقة وان تزوج الخامسة بعد انقضاء عـــدة المطلقة صح نكاحها ، وهل ترث المطلقة ؟ على روايتين « أحدهما » : لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح فى العـــدة أن يرث ثمانون نسوة وأن يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة

وأختان ، وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكرا له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة ، والرواية الثانية : ترث المطلقة فيخرج فيها وجهان :

أحـــدهما : يكون الميراث بين الخمس ، والثاني يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما فيرده إلى نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص فى معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الأختين فلايجوز أن يجتمعن فى ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعا فى مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعا سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثانى فيه وجهان . أحدهما : أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثانى هو بين الثمان . وقال مالك الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده وإن صح من مرضه فتزوج أربعا فى صحته ثم مات فالميراث لهن فى قول الجمهور ولا شيء للمطلقات فى قول قول مالك ومن وافقه ، وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا إلا فى قوله وقول من وافقه، ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا فى مرضه وقال قد أخبرنى بانقضاء عدتهن فكذبته فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك فى مـــدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن فى حرمان الميراث وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف واللؤلؤى إذا كان بعد أربعة أشهر . وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضا والأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيـه فقبل قوله فيه . فعلى هذا إن تزوج أربعا فى عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون

المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا الميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقى المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين الباقى من المطلقات والمنكوحات معا لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحا وإن تزوج المنكوحات فى أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات ، وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقى من المطلقات وهذا على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف واللؤلؤى ، وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعى رضى الله عنه فيباح عنده التزويج فى عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أربعا ونكح أربعا فى عقد وعقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :

أحدهما : أن الميراث بين الثمان .

والثانى : أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات ، فإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات ، وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء ، وإن ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهن فى عقد واحد ، وإن كان فى عقود متفرقة فإذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات وميراث

الثانية الثانية وميراث الثالثة للثالثة .

« مسألة » تعليق الطلاق أثناء المرض .

ما تقدم فى طلاق المريض طلاقا منجزا ، ولكن قد تصدر من المريض عبارة الطلاق معلقة عن شرط أو فعل لنفسه أو لغيره كما أن العبارة قد تصدر أثناء صحته ويقع المعلق عليه أثناء مرضه ، فما هو الحكم فى ذلك ؟ هل ترث أو لا ترث .

وهذه المسألة على أربعة أوجه إما أن علق الطلاق بمجىء الزمان أو بفعل أجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين ، إما أن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كان التعليق والشرط فى المرض أو الوجهان الأولان وهو ما إذا علقه بمجىء الزمان أو بفعل الأجنبى فإن كان التعليق والشرط فى المرض ورثت للفرار ، وإن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وهذا رأى الجمهور خلافا لزفر من الحنفية ورواية للقاضى من الحنابلة وهو قول مالك واستدل الجمهور بأنه كالمنجز عنده حكماً لا قصداً ولهذا لو وجد الشرط وهو مجنون يقع ولو كان قصدا لما وقع لعدم القصد منه وكذا لو حلف أن لا يطلق بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط لا يحنث ولو كان قصدا لحنث ولأنه لم يوجد منه صنع بعد ما تعلق حقها بماله ولا هو متمكن من منع فعل الأجنبى ومجىء الزمان فلم يكن متعديا والفرار بالتعدى ولهذا شرط فى المختصر أن يكونا فى المرض بقوله والتعليق والشرط فى مرضه ، واستدل القائلون بإرث المطلقة بأن المعلق بشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكان تطليقا بعد تعلق حقها بماله (١).

أما الوجه الثالث . وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فترث كيفما كان إذا وجد

---

(١) تبين الحقائق للزيلعى ج ٢ ص ٢٤٩ ، المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٣٤ .

الشرط فى المرض سواء كان التعليق فى الصحة أو فى المرض وكان الفعل مما له منه بدأ ولابد له منه لأنه صار قاصدا إبطال حقهـــا بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده لأن الشرط شبها بالعلل لما أن الوجود عنده فصار متعديا من وجه صيانة لحقها واضطراره لا يبطل حق غيره كالاتلاف مال الغير حالة الاضطرار أو النوم.

« وأما الوجه الرابع » وهو إذا ما علقه بفعلها فإن كان فعلا لها منه بد لم ترث مطلقا سواء كان التعليق والشرط فى المرض أو كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لأنها رضيت بالشرط والرضا به يكون رضا بالمشروط ولايلزم على هذا ما لو قال أحد الشريكين لصاحبه ان ضربت هذا العبد فهو حر فضربه كان للضارب أن يضمن الحالف مع رضاه بالشرط لأنها ممنوعة وبعد التسليم الإرث يثبت بماله شبهة العدوان فيبطل بماله شبهة الرضـا ولا كذلك الضمان وذكر فى النهاية الرضـا بالشرط إنما يكون رضا بالمشروط إذا كان الإقدام على الشرط باختياره ومسئلة الضرب موضوعة فيما إذا قال إن لم أضربه اليوم فهو حر وقال شريكه إن ضربته فهو حر فكان مضطرا فى الضرب فلا يكون الرضا به رضـا بالعتق وإن لم يكن لها منه بد كالأكل والشرب وكلام الأبوين وقضاء الدين واستيفائه ترث مطلقا سواء كانا فى المرض أو كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض خلافاً لمحمد رحمه الله فيما إذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض وهو يقول إن الزوج لم يباشر العلة بعد ما تعلق حقها بماله ولا الشرط فلا يكون معتدياً وبه يثبت الفرار وأقصى ما فى الباب أن رضاها قد انعدم باعتبار أنها لاتجد منه بدأ وذلك لا يجعله فارا إذا كان التعليق فى الصحة كما قلنا فى التعليق بفعل الأجنبى ومجىء الوقت بخلاف ما إذا كان التعليق فى المرض لوجود التعدى منه فيرد عليه وهما يقولان انهـا مضطرة فى تحصيل الشرط من قبل الزوج لأنها إن لم تقدم يخاف على دينهـا أو

نفسها وإن أقامت يسقط حقها وهذا الاضطرار من جهته فينقل إليه كما ينقل إلى المكره وإلى الشاهد حتى لا يجب على القاضي شيء عند رجوعهم ولا على المكره فإن قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل هي الضرورة الحاملة عليه وهذه ضرورة مانعة لأن غرضه المنع من تحصيل الطلاق فكيف ينتقل إليه قلنا لما ثبتت الضرورة شبهة النقل وهذا القدر كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان وذكر فخر الإسلام في مبسوطه أن الصحيح ما قاله محمد رحمه الله وحاصله أنه متى علقه بمجيء الزمان أو بفعل الأجنبي يشترط فيه لإرثها أن يوجد التعليق والشرط في المرض كما شرطه في المختصر وإن علقه بفعل نفسه يشترط فيه أن يوجد التعليق والشرط أو الشرط وحده في المرض وهو المراد بقوله وهما في المرض أو الشرط وقوله في غيرهما لا أي في غير هذه الصور التي ذكرنا لا ترث وهو ما إذا كان التعليق والشرط في الصحة في الوجوه كلها أو كان التعليق في الصحة فيما إذا علقه بفعل الأجنبي أو بمجيء الوقت أو كيفما كان إذا علقه بفعلها الذي لها منه بد فإنها لا ترث في هذه الصور كلها (١).

السفيه وذو الغفلة :

لما كان السفه وذي الغفلة يعتبران مرضين يصاب بهما بعض الأشخاص وقد تصدر من هذه الأشخاص عبارة الطلاق ، فهل يقع طلاقها أو لا .

ولما كان السفه والغفلة كل منهما يعد مرضا يصاب به الإنسان آثرنا أن نذكر حكم طلاقهما في طلاق المريض . مع أن هذان المرضان يظهر أثرهما على العقل إلا أننا لم نذكر حكمهما عند الكلام على طلاق المجنون لما بينهما من فروق متعددة

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي جـ٢ صـ ٢٥٠

لأن المجنون يغطى العقل كاملا وكذا المعته بخلاف السفه والغفلة فان العقل فيهما موجود إلا أنهما لا يهتديان إلى التصرفات المرضية عنها ، ومن ثم يفرق كل منها ونذكر حكم طلاقهما .

« السفيه » هو الذى لايحسن القيام على شئون ماله وتدبيره وينفق فى غير موضع الانفاق .

« ذو الغفلة » هو الذى لايهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات ، لسهولة خدعه ، وقد يعبر عنه بالضعيف ، وهو يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد الرأى وسوء التدبير ، وإن كان السفيه فيه ذكاء وأحيانا ، وهو يقصد إلى الإتلاف غير عابىء ولا مهتم ، وذو الغفلة لايقصد إلى الإتلاف بل فيه غباء كان هو السبب فى سوء تدبيره ، وفساد تقديره ، ولذلك تشابها فى الأحكام . فإنه يحجر عليهما فى التصرفات المالية أما فى ما عدا ذلك فهم كالرشداء، وإن كان فقهاء الحنفية يقسمون التصرفات إلى قسمين :

« الأول » تصرفات قابلة للنقض ، وهى التى يفسدها الهزل ، وهذه هى التصرفات المالية ، وهى موضع الحجر على السفيه وذى الغفلة .

« الثانى » تصرفات لاتقبل النقض ، وهى التى لايفسدها الهزل ، وهى النكاح والطلاق والعتاق (١) وبناء على هذه الأحكام المقررة على الحجر فى التصرفات المالية وإنابة الغير فيها إلا أن الطلاق كعقد لايمكن إيقاعه الا من العاقد نفسه أعنى المطلق ، كان طلاق السفيه وذو الغفلة يعتبر واقع لانه يملك النكاح ، ومن يملك

---

(١) الأحوال الشخصية للدكتور محمد أبو الريش .

النكاح بملك إيهامه ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية ، والنكاح وآثاره وكل مايتعلق به ليس موضع حجر ، فصح أن يقع منه الطلاق ، ولو منع من الطلاق لوجب أن يمنع من الزواج .

هذا ومن المقرر أنه ليس لغير الزوج من ولى أو وصى أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين ، لا إلى من تولى العقد ، ولو كان وليا على النفس . ويروى أنه أتى النبي ﷺ رجل وقال له : يارسول الله سيدى زوجنى أمته ، وهو يريد أن يفرق بينى وبينها ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر ، فقال : (مابال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » هو الزوج وفى حالة ما إذا تضررت الزوجه من عشرتها مع زوجها الذى لا اعتبار لعبارته كالمجنون ترفع أمرها إلى القاضى ، فإذا أثبتت ذلك طلق القاضى فى هذه الحالة رفعا للضرر عن الزوجة لأن الإمساك بالمعروف لم يتحقق فلم يبق إلا التسريح بالإحسان والزوج لايستطيع ذلك لعدم اعتبار عبارته فيتولى القاضى ذلك نيابة عنه ، وهذا هو الطريق الوحيد لرفع الظلم ، وللقاضى ولاية رفع المظالم .

الشرط الثالث : جدية العبارة :

ولا يشترط جدية العبارة بمعنى أن عبارة الطلاق متى صدرت من المطلق لايسئل بعد صدورها هل هو جاد فيما يقول فيؤاخذ ويؤخذ بقوله ، أو هو هازل فلا يلتفت إلى عبارته ولا تنتج أثراً ، ولكن يكفى مجرد صدور العبارة منه فتنتج أثرها . ولهذا إن طلاق الهازل هل يقع أو لا . والهازل هو الذى يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته وإنما يتكلم على وجه اللهو واللعب لو طلق امرأته فى حالة هزله يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء ديانة وقضاء لأن الشارع

الحكيم اعتبر هزله ديانة وقضاء . أما من حيث الديانة لأن الهازل يعتبر كلامه لغو واللغو منهى عنه لكل مؤمن فى قوله تعالى « والذين هم عن اللغو معرضون(١) »

وأما من حيث القضاء لأن القضاء يبنى على ما يصدر من الإنسان سواء كان قولا أو فعلا ، وليس كل ما يفعله الإنسان فيه جد وهزل بل إن هناك من الأشياء ما ليس للهزل فيها مجال كالنكاح والطلاق والعتق وما يشبه ذلك ومن ثم كان طلاق الهازل واقع وانعقد على وقوعه ما يشبه الإجماع ، لأن الشارع الحكيم اعتبر هزله جدا ، روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق، والرجعة » رواه الخمسة الا النسائى ، (٢) ولان الهازل تكلم بالسبب وهو الطلاق قصدا فيلزمه ترتب حكمه عليه وهو الوقوع وإن لم يرض بذلك لان الطلاق من التصرفات التى لا تقبل الفسخ .

وإنما اعتبر طلاق الهازل واقعا لاجل منع الناس من اللعب بأحكام الشريعة قال رضى الله عنه: ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح، ولأجل سد الباب فى وجه من يحاول الرجوع عن الطلاق والفرار منه بدعوى أنه كان هازلا وليس بجاد

وإذا كان الكفر هزلا يعتد به فالطلاق هزلا يعتد به بالطريق الاولى لأن الكفر أعظم خطراً من الطلاق واعتبار الأعظم خطرا فى حالة الهزل اعتبارا بالاولى لما دون ذلك ، مما يدل على الاعتداد بالكفر فى حالة الهزل قوله تعالى « ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم » (٣)

---

(١) سورة المؤمنون آية .
(٢) نيل الاوطار حـ ٦ ص ٢٦٤ ط الاخيرة
(٣) سورة التوبة آية ٦٥ ، ٦٦

وخالف فى ذلك أحمد ومالك . فقالا إنه يفتقر اللفظ الصريح إلى النية (٤) وبه قال جماعة من أئمة الشيعة منهم الصادق والباقر والناصر ، واستدلوا بقوله تعالى « وإن عزموا الطلاق » فدلت على اعتبار العزم والهازل لاعزم منه وبالتالى فلا طلاق له .

والراجح هو قول الجمهور بوقوع طلاق الهازل وذلك لعـــدة أسباب :-

« الأول » أن القول بعدم الوقوع يخالف ماعليه صراحة النص بالرغم من دلالته دلالة واضحة دونما تخصص أو تأويل أو نسخ ، وذلك فى قـــوله صلى الله عليه وسلم ثلاث هزلهن جد ، وجدية الشيء هو الإعتداد به .

« ثانيا » أن الهازل أمامه أشياء كثيرة يستطيع أن يستخدمها فى المزاح دون هذه العبارة واستخدامه له هازلا دليل على استخفافه بعقدة النكاح بالرغم مالها من قداسه وعظم فى المسئولية .

« ثالثا » أن الشأن فى العاقل أن يعمل كلامه ولا يهمل ، لان إعمـال الـكلام أولى من إهماله ، وفى وقوع طلاق الهازل إعمال وفى عدم الوقوع إهمال .

« رابعا » أن الإمام مالك فى مشهور مذهبه يوافق الجمهور والرواية الاخرى تكاد لا تعرف حتى فى داخل المذهب ، واستدلالهم بالآية يعتبر فى غير محل وقولهم إن العزم يعتبر فى الصريح كان من الاولى أن يكون العزم فى غير الصريح لانه المحتاج الى النية ، اذ الصريح لا يحتاج اليهـــا ، وقال صاحب البحر ان الاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله فلا يحتاج الى الجمع بين الآية والحديث فانها نزلت فى حق المولى .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦

« طلاق المخطىء »

المخطىء هو الذى أراد أن يتكلم بغير الطلاق فجرى لسانه بالطلاق فطلاقه واقع عند الحنفية قضاء لا ديانة (١) فاذا جرى لفظ الطلاق على لسان الزوج من غير أن يقصده ولم يرفع الامر الى القاضى جاز للزوج ديانة أن يعيش مع زوجته وأن يباشرها مباشرة الازواج عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » ولا نيــة له فى هذه الحالة ولم يلعب بالطلاق كالهازل .

فإذا رفع الامر الى القاضى حكم بالوقوع لان القاضى يبنى أحكامه على الظاهر والله يتولى السرائر ، أما المالكية فطلاق المخطىء عندهم غير لازم مطلقا ان ثبت سبق لسانه وان لم يثبت قبل فى الفتوى دون القضاء (٢)

والراجح لدينا أن طلاق المخطىء لا يقع لعدة أسباب :ـ

الاول ـ أن المخطىء يفارق الهازل لان الهازل يقصد اللعب بالعبارة بخلاف المخطىء فقد سبق لسانه الى عبارة الطلاق دون أن يقصدها لانه يقصد عبارة أخرى غيرها .

الثانى ـ أنه لايوجد ثمة فرق فى نظرنا بين الديانة والقضاء ، اذ القضاء لايحكم الا لما يقتضية الشرع ، والقول بعدم الوقوع ديانة والوقوع قضاء يعد تناقضاً إذ كيف يكون الطلاق واقعا غير واقع ، فان قيل ان الجهة مختلفة قلنا ان مصدر العبارة متحد ، والعبرة باتحاد المصدر .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار حـ ٣ ص ١٧٨

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٦٦

ثالثا - ما روى عن النبي ﷺ أنه قال رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (١) ويستفاد من هذا الحديث أن حكم الخطأ مرفوع بصريح دلالة قوله رفع ولو قلنا بوقوع طلاق المخطىء لما كان مرفوعا ومن لازم رفعه عدم وقوعه .

طلاق المدهوش

وهو الذى اعترته بسبب الخوف أو الحزن أو الغضب حالة انفعال لا يدرى فيها ما يصدر عنه سواء كان قولا أو فعلا أو وصل الانفعال إلى درجة يغلب فيها الخلل والاضطراب فى الأقوال والأفعال .

وهذا المدهوش لا يقع طلاقه ومثله من اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته فما دام فى حالة غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح (٢) .

طلاق الغضبان

نقل ابن عابدين عن الحافظ بن القيم الحنبلى أنه قسم الغضبان إلى ثلاثة أقسام :

١ - أن يحصل له مبادىء الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقوله ويقصده .

٢ - أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقوله ولا يريده .

٣ - من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون .

---

(١) شرح معانى الآثار للطحاوى جـ ٣ ص ٩٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٣٧ ط الثانية .

وكما نقل عنه هذا التقسيم نقل عنه أيضا أن القسم الأول لا إشكال فيه وأن القسم الثانى لا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله أما الثالث فهو محل نظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله ثم قال والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى به بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل، وعندى أن هذا هو الراجح فالغضبان الذى يغلب هذيانه ويختلط جده بهزله لا يقع طلاقه ، وبالطريقة الأولى لا يقع طلاق الغضبان الذى لا يدرى ما يقول وما يفعل أما إذا كان الغضب لا يصل به إلى هاتين الدرجتين فيقع الطلاق . والأصل فى ذلك قوله ﷺ « لا طلاق فى إغلاق » (١) يعنى لا يقع طلاق الشخص الذى يقفل عليه باب الإدراك والقصد ويسد عليه طريق الوعى بالمطلق الذى لا يدرى ما يقول وما يفعل أو الذى يغلب عليه الخلل والاضطراب فى أفعاله لا اعتبار لطلاقه .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٥ .

الفصل الثالث

انتقال الحق إلى غير المطلق

المبحث الأول

النيابة فى إيقـــاع الطلاق

إن الزوج كما يملك التطليق بنفسه يملك أن ينيب عنه غيره فيه ، فله أن يوكل غيره فى تطليق امرأته ، ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا ، وكذلك له أن يفوض أمر الطلاق إلى غيره ويكون التفويض بتعليق أمر الطلاق على مشيئة الأجنبى ، كأن يقول ، طلق امرأتى إن شئت ، لأنه علق الطلاق على مشيئته فقد فوض اليه أمره . فإن شاء طلق وإن شاء لم يفعل ، فلم يكن الأمر توكيلا خالصا ، بل تمليكا لأمر الطلاق إن شاءه .

كما أن له أن ينيب شخصا فى أمر الطلاق بالتوكيل أو بالتفويض ، فله أن ينيب زوجته فيه . ولا تكون إنابة الزوجة فى الطلاق إلا تفويضا . لأنه إذا أنابها ، ولو بصفة التوكيل ، فقد جعل طلاقها تبعا لمشيئتها ، فان شاءت طلقت نفسها ، وإن شاءت لم تفعل رفضت تلك الإنابة ، فكانت إنابة الزوجة تفويضا دائما . فإذا قال رجل لامرأته طلقى نفسك كان ذلك تفويضا ، وكذلك إذا قال لها ، اختارى نفسك وأراد تطليقها نفسها لأنه يكون فى معنى طلقى نفسك ، ومثلها إذا قال لها أن أمرك بيدك ، وأراد بها الطلاق ، إذ يكون فى معناها .

ويمكننا أن نقول أن النيابة من قبل الزوج أعم وأشمل فهى بمثابة اللفظ المطلق فتشمل التوكيل والتفويض والتخيير والتمليك والمنيب فى كل هذه الأحوال هو الزوج

لاغيره ، ولا بد من توافر شروط فى النائب والمنيب ، فالمنيب لابد وأن يكون مكلفا بمعنى أنه يكون بالغا عاقلا ، فلا يستطيع الصبى أن ينيب غيره فى إيقاع الطلاق لأن فاقد الشىء لايعطيه . كما أن المجنون والمعتوه وما يشبههما ليس لهما أن ينيبا غيرهما كما أن النائب الذى ينيبه الزوج يشترط فيه أن يكون مكلفا لأنه يقوم مقام الزوج فى إيقاع الطلاق وتصرفه مستمدا من تصرف الزوج فلا يقل عنه شأنا ولا يكون أدنى منه مرتبة .

ومن هنا نجد فرق بين التوكيل والتفويض فالوكيل يعمل بارادة الموكل . أما المفوض إليه فيعمل بارادة نفسه ويفترقان عن الرسالة بأن الرسول ينطق بلسان من أرسله . فهو أقل حالا من الوكيل . إذ الوكيل وإن كان يعمل بارادة من وكله فهو يوقع التصرف بعبارته . وأما الرسول فالعبارة والإرادة للمرسل ، فالتفويض على هذا تمليك الزوج غيره حق تطليق امرأته ، وتفويض المرأة هو تمليكها حق تطليق نفسها ، ويفترق التفويض عن التوكيل فى الحكم .

أ ـ بأن الزوج له أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، فإذا عزله فليس له أن يطلق ، أما التفويض فإن الزوج لايملك عزل من فوضه ، بل إنه يلزمه والعلة فى ذلك أن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه ، فهو طلاق معلق ، ومن علق الطلاق على أمر لايملك أن يرجع فى كلامه ويلغى تعليقه ، وإذا كان التفويض إلى الزوجة . وهذا أكثر أحواله ، فإنه يكون قد علق الطلاق على مشيئتها ، فلا يملك الرجوع فى تعليقه ، لأن الحنفية المعمول بمذهبهم فى هذا يجعلون التعليق كاليمين دائما ، لايجوز الرجوع فيه وإلغاؤه ، وليس معنى كون

التفويض تمليكا أن ملكية الزوج الطلاق قد انتقلت إلى من فوضه ولم يعد هو مالكا . بل إنه اشراك له فيما يملكه من تصرف ، ولم يسلب حقه الأصيل فيه .

ب ـ ويفرق بين التوكيل والتفويض أيضا بأن الوكيل لايتقيد بوقت إن كان مطلقا ، أما التفويض فإنه يتقيد بمجلسه اذا كان مطلقا ، إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم الأوقات كلها ، وكأن يقول لها طلقي نفسك فى أى وقت شئت ، أو متى شئت فانها فى هذه الحال لاتتقيد بمجلس التفويض .

المبحث الثانى

التوكيل فى إيقاع الطلاق

قلنا آنفا إن الزوج هو الذى يملك ايقاع الطلاق وتنفذ عبارته، وان الزوج الذى يملك الطلاق له أن يوكل غيره فى إيقاع الطلاق لأن القاعدة الشرعية تقول « من ملك تصرف يملك الإنابة فيه إن كان قابلا للإنابة وأن الطلاق حق للزوج ومن ملك حقا له أن يتصرف فيه سواء كان بنفسه أو بواسطة غيره مادام ذلك بمحض اختياره ولا سيما اذا كان هناك سببا يدعوا لذلك بأن كان الزوج خارج البلاد وقد طلبت المرأة من الحاكم طلاقها فان الزوج لايجد بدآ من التوكيل فى ايقاع الطلاق اذا كان لديه مايمنعه من دخول البلاد أو من أشياء أخرى تستلزم وجوده . والوكيل سفير ومعبر عن ارادة موكله ملتزم فى تصرفه بما حدده له بموكله وخروجه عن الحدود المحددة يعد مبطلا لما وكل فيه فاذا كان وكله بايقاع طلقة واحدة وحددها بأنها رجعية فليس له أن يوقعها بائنة وليس له أن يوقع أكثر منها الا اذا كان التوكيل عاما بالطلاق فان له أن يوقع الثلاث مادام التوكيل عاما والظروف تقتضى ذلك وهذا الأمر يكاد أن يكون مجمع عليه من الفقهاء سلفا وخلفا إلا الظاهرية فقد قالوا لاتجوز الوكالة فى الطلاق واستدلوا بقول الله عز

وجل « ولا تكسب كل نفس إلا عليها »(١) فلا يجوز عمل أحـد عن أحد إلا حيث أجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ ولا يجوز كلام أحـد عن غيره إلا حيث أجازه القرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ولم يأت فى الطلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة فهو باطل والمخالفون للظاهرية على حسب قولهم أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدرى كل أحد أن الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام ، والإيلاء كلام . ولا يختلفون فى أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد . ولا أن يلاعن أحد عن أحد ولا أن يولى أحد عن أحد لا بوكالة ولا بغيرها فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فانه خاطب به الأزواج لا غيرهم فلا يجوز أن ينوب غـيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها لأنه كان يكون تعديا لحدود الله عز وجل وقد قال تعالى « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وقال تعـالى « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة فى أمرهم فلا خيـار لأحد فى خلاف ماجاء به النص وما نعلم إجازة التوكيل فى الطلاق عن أحد من المتقدمين إلا عن ابراهيم والحسن (٢) وبالرغم من أن الظـاهرية قالوا بعدم إجازة التوكيل فى الطلاق إلا أن الراجح هو صحة التوكيل وذلك لما يأتى :

أ ـ أن الطلاق عقد كسائر العقود ما جاز على سائر العقود يجوز عليه وسائر العقود يصح فيها التوكيل فلا فرق بين الطلاق وبين سائرها .

ب ـ ان الوكيل يتقيد بأمر موكله فليس له أن يتعدى حدود ما وكل بة

---

(١) سورة الأنعام .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ صـ ١٩٦

وتعديه حدود ماوكل به يؤدى الى بطلان ماوكل فيه واذا كان الأمر كذلك فلا مانع من صحة الطلاق من الوكيل فى حدود أمر موكله ، كما أن للمطلق أن يعزل اوكيل اذا خرج عن حدود الوكالة .

المبحث الثالث

التفويض

والتفويض هو أن يفوض الزوج لزوجته طلاق نفسها وتارة يحدده بوقت كأن يقول طلقى نفسك إن شئت خلال شهر فلها أن توقعه خلال المدة المقررة وإن لم توقعه خلالها فليس لها بعد ذلك طلاق نفسها إلا إذا قال لها طلقى نفسك متى شئت فانه لايتقيد بمدة .

والوضع الفقهى للتفويض أنه تعليق من جانب الرجل كما ذكرنا ، لذلك لايملك الرجوع فيه إن صدر عنه ، وإن كان التفويض مطلقا عن الوقت تقيد بالمجلس كما ذكرنا ، فان كانت حاضرة تقيد بمجلس التفويض ، وألا يصدر عنها ما يدل على الرفض والإعراض ، فاذا فوض إليها ، فشغلت نفسها بأمر يعد إعراضا ، فان التفويض يبطل ، وإن كانت غائبة فانها تتقيد بمجلس علمها ، ويبطل برفضها فى المجلس ، أو إعراضها وانصرافها عن المجلس من غير رفض أو قبول ، وإذا كان التفويض مقيدا بزمن فانه يستمر إلى أن ينتهى هذا الزمن ، فاذا فوضها مدة شهر ، فلها حق تطليق نفسها فى مدى هذا الشهر ، وإن انقضى ولم تطلق نفسها فيه فان التفويض يبطل ، واذا كان التفويض بصيغة تعم الأوقات ، ولا تقيدها بالمجلس ، ولا بزمن معين ، فانه يكون لها تطليق نفسها فى أى وقت شاءت من غير قيد زمنى يقيدها ، وان طلقت نفسها مرة انتهى

التفويض ، الا اذا كان قد شرط لها التكرار ، بأن قال لها طلقي نفسك متى شئت وكلما شئت ، فان التعبير بكلما يفيد التكرار ، فلها أن تطلق نفسها مرة ومرتين ثلاث مرات ، (١)

هل يعتبر التفويض تمليكا أو توكيلا ؟

فعند الحنفية ورأى للشافعية جعلوا التفويض تمليكا وعند الحنابلة ورأى الشافعية جعلوا التفويض توكيلا ، أما المالكية فقد جعلوا التفويض أعم من أن يكون تمليكا أو توكيلا (٢) وثمرة الخلاف تظهر في من فوض لزوجته أن تطلق نفسها خلال شهر أو متى شاءت ثم رجع عن التفويض قبل طلاقها لنفسها فعند من يقول بأنه تمليك ليس له حق الرجوع ، وإن كان لها أن تسقط حقها بالرفض الصريح أو بالاعراض عنه في المجلس أو بعدم إيقاعها للطلاق خلال المدة المحددة للتفويض ، وأما على القول بأنه توكيل فان الموكل يجوز له الرجوع في الوكالة ، فلو طلقت نفسها بعد الرجوع له في تفويضه لم ينفذ طلاقها بشرط أن تعلم بالرجوع وان كان البعض يقول وان لم تعلم بالرجوع لم ينفذ .

المبحث الرابع

تخيير الزوجات

والتخيير هو أن يقوم الزوج بتخيير زوجته في البقاء معه أو الفراق منه والأصل فيه قول الله تعالى « يا أيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ٢٢٠

(٢) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٠٥ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٥

الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما » (١) وسبب نزول هذه الآية أن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم تغايرن حتى غمة ذلك وقيل طلبن منه الملابس ونفقات كثيرة ، وكان أزواجه يومئذ تسع نسوه خمس من قريش وهم عائشة بنت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ، وحفصه بنت عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسودة بنت زمعه ، وأم حبيبة بنت أبي سفيان وأم سلمه بنت أبي أميه ، وأربع من غير قريش وهم ميمونه بنت الحارث الهلالية ، وصفية بنت حيي من بني اسرائيل ، وزينب بنت جحش الأسدية ، وجويرية بنت الحارث من بني المصطلق ، فمعنى الآية أن الله أمر رسوله صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين الطلاق والمتعة ان أرادوا زينة الدنيا ، وبين البقاء في عصمته ان أردن الآخرة ، فبدأ صلى الله عليه وسلم بعائشة ، فاختارت البقاء في عصمته ، ثم تبعها سائرهن في ذلك ، فلم يقع طلاق (٢) وثبت في الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك قالت رضى الله عنها وقد علم أن أبوى لم يكونا ليامراني بفراقه ثم قرأ يا أيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرعظيما فقلت أفي هذا أستأمر أبوى فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة

---

(١) سورة الأحزاب

(٢) التسهيل لعلوم التنزيل حـ ٣ ص ١٣٦ ، مجمع البيان حـ ٨ ص ٣٥٣

قالت عائشة رضى الله عنها ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت فلم يكن ذلك طلاقا (١) قال ربيعة وابن شهاب فاختارت واحدة منهن نفسها فذهبت وكانت ألبتة قال ابن شهاب وكانت بدوية.

قال عمرو بن شعيب وهى ابنة الضحاك العامرية رجعت الى أهلها وقال ابن حبيب قد كان دخل بها - وقيل لم يدخل بها وكانت تلتقط بعد ذلك البعر وتقول أنا الشقية ، واختلف الناس فى هذا التخيير فى موضعين.

أحدهما فى أى شىء كان . والثانى فى حكمه .

فأما الأول ، فالذى عليه الجمهور أنه كان بين المقام معه والفراق وذكر عبد الرازق فى مصنفه عن الحسن ان الله تعالى إنما خيرهن بين الدنيا والآخرة ولم يخيرهن فى الطلاق وسياق القرآن . وقول عائشة رضى الله عنها يرد قوله ولا ريب أنه سبحانه خيرهن بين الله ورسوله والدار الآخرة وبين الحياة الدنيا وزينتها وجعل موجب اختيارهن الله ورسوله والدار الآخرة المقام مع رسوله وموجب اختيارهن الدنيا وزينتها أن يمتعهن ويسرحهن سراحا جميلا وهو الطلاق بلا شك ولا نزاع .

---

(١) صحيح مسلم ج ٣ ص ٦٧٥ ط الشعب

وجاء فى تفسير القمى ص ٥٢٩ : فى سبب نزول الآية . أنه لما حصل الغنائم من خيبر قالت له نساءه أعطنا من هذه الغنيمة قال : قسمتها بين المسلمين بأمر الله فغضبن ، وقلنا لعلك تظن إن طلقنا لا نجد زوجا من قومنا غيرك فأمر الله تعالى باعتزاله لهن والجلوس فى مشربة أم ابراهيم حتى حضن فطهرن ثم أنزل هذه الآية

أما اختلافهم فى حكمه ففى موضعين :

أحدهما فى حكم اختيار الزوج . والثانى فى حكم اختيار النفس .

« فأما الأول » فالذى عليه معظم أصحاب النبى ونساؤه كلهن ومعظم الأمة أن من اختارت زوجها لم تطلق ولا يكون التخيير بمجرده طلاقا صح ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنها قالت عائشة رضى الله عنها خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم نعده طلاقا (١) .

وعن أم سلمة رضى الله عنها وقريبة أختها وعبد الرحمن بن أبى بكر وصح عن على وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنها ان اختارت زوجها هى طلقة رجعية وهو قول الحسن ورواية عن أحمد رواها عنه اسحق ابن منصور قال ان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث . قال أبو بكر انفرد بهذا اسحق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة قال صاحب المغنى ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بمجردها كسائر كناياته وهذا هو الذى صرحت به عائشة رضى الله عنها والحق معها بأنكاره ورده فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اختاره أزواجه لم يقل وقع بكن طلقة ولم يراجعهن وهى أعلم الأمة بشأن التخيير وقد صح عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لم يكن ذلك طلاقا وفى لفظ لم نعده طلاقا وفى لفظ خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكان طلاقا والذى لحظه من قال أنها طلقة رجعية أن التخيير تمليك ولا تملك المرأة نفسها الا وطلقت فالتمليك مستلزم لوقوع الطلاق وهذا مبنى على مقدمتين :

---

(١) صحيح مسلم جـ ٢ ص ٦٧٦ ط الشعب .

واحداهما ، أن التخيير تمليك والثانية أن التمليك يستلزم وقوع الطلاق وكلا المقدمتين ممنوع فليس التخيير بتمليك ولو كان تمليكا لم يستلزم وقوع الطلاق قبل ايقاع من ملكه فان غاية أمره أن تملكه الزوجة كما كان الزوج يملكه فلا يقع بدون ايقاع من ملكة ولو صح ما ذكروه كان بائنا لأن الرجعية لا تملك بها نفسها وقد اختلف الفقهاء فى التخيير هل هو تمليك أو توكيل أو بعضة تمليك وبعضة توكيل أو هو تطليق منجز أو لغو لا أثر له البتة على مذاهب خمسة وعدم التفريق هو مذهب أحمد ومالك فقال أبو الخطاب فى رؤوس المسائل هو تمليك يقف على القبول ، وقال صاحب المغنى(١) فية اذا قال أمرك بيدك أو اختارى فقالت قبلت لم يقع شىء لأن أمرك بيدك توكيل فقولها فى جوابة قبلت ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شىء كما لو قال لاجنبية أمر امرأتى بيدك فقالت قبلت وقوله اختارى فى معناه وكذلك ان قالت أخذت أمرى نص عليهما أحمد فى رواية ابراهيم بن هانىء اذا قال لإمرأته اختارى فقالت قبلت نفسى أو اخترت نفسى كان ابين ، وفرق مالك بين إختارى وبين أمرك بيدك فجعل أمرك بيدك تمليكا واختارى تخييرا لا تمليكا قال أصحابه وهو توكيل(٢) وللشافعى قولان أحدهما أنه تمليك وهو الصحيح عند أصحابه والثانى أنه توكيل وهو القديم(٣) . وقالت الحنفية رحمهم الله تمليك(٤) وقال الحسن وجماعة من الصحابة هو تطليق تقع به واحدة منجزة وله رجعتها وهى رواية ابن منصور عن أحمد

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ١٤١
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٤٠٦
(٣) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٨٥
(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٢ ص ٢٢٠

وقال هل الظاهر لا يقع به طلاق سواء اختارت نفسها أو اختارت زوجها ولا أثر للتخيير فى وقوع الطلاق (١) وذكر ابن القيم مآخذ هذه الأقوال على وجه الإشارة إليها(٢) قال أصحاب التمليك لما كان البضع يعود إليها بعد ما كان للزوج كان هذا حقيقة التمليك قالوا وأيضاً فالتوكيل يستلزم أهلية الوكيل لمباشرة ما وكل فيه والمرأة ليست بأهل لإيقاع الطلاق ولهذا لو وكل امرأة فى طلاق زوجته لم يصح فى أحد القولين لأنها لا تباشر الطلاق والذين صححوه قالوا كما يصح أن يوكل رجلا فى طلاق امرأته يصح أن يوكل امرأة فى طلاقها قالوا وأيضا فالتوكيل لا يعقل معناه ههنا فان الوكيل هو الذى يتصرف لموكله لا لنفسه والمرأة ههنا إنما تتصرف لنفسها ولحظها وهذا ينافى تصرف الوكيل قال أصحاب التوكيل واللفظ لصاحب المغنى وقولهم أنه توكيل لا يصح فان الطلاق تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب فيه غيره عنه فاذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير . قالوا ولو كان تمليكا لكان مقتضاه انتقال الملك اليها فى بضعها وهو محال فانه لم يخرج عنها ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها لا للزوج ولو ملك البضع لملك عوض كمن ملك منفعة عين كان عوض تلك المنفعة له قالوا وأيضا فلو كان تمليكا لكانت المرأة مالكة للطلاق وحينئذ يجب أن لا يبقى الزوج لاستحالة مالكا كون الشىء الواحد بجميع أجزائه مالكا لمالكين فى زمن واحد والزوج مالك للطلاق بعد التخيير فلا تكون هى مالكة له بخلاف ما إذا قلنا هو توكيل واستنابة ، كان الزوج مالكا وهى نائبة ووكيلة عنه قالوا أيضا فو قال لها طلقنى نفسك ثم حلف أن لا يطلق فطلقت

---

(١) المحلى لابن حزم ﺟ ١٠ ﺻ ١٩٦

(٢) زاد المعاد لابن القيم ﺟ ٤ ﺻ ٦٩ - كنز العرفان ﺟ ٢ ﺻ ٢٣٨ - السكافى ﺟ ٦ ﺻ ٢٢٧

نفسها حنث فدل على أنها نائبة عنه وأنه هو المطلق قالوا وأيضا فقولكم أنه تمليك اما أن تريدوا به مالكها نفسها أو أنه ملكها أن تطلق فان أردتم الأول لزمكم أن يقع الطلاق بمجرد قولها قبلت لأنه أتى بما يقتضى خروج بضعها عن ملكه واتصل به القبول وإن أردتم الثانى فهو معنى التوكيل وان غيرت العبارة قال المفرقون بين بعض صوره وبعض أصحاب مالك إذا قال لها أمرك بيدك أو جعلت أمرك اليك أو ملكتك أمرك فذلك تمليك وإذا قال لها اختارى فهو تخيير قالوا والفرق بينهما حقيقة وحكما أما الحقيقة فلان اختارى لم يتضمن أكثر من تخييرها لم يملكها نفسها وإنما خيرها بين أمرين بخلاف قوله أمرك بيدك فانه لايكون بيدها الا وهى مالكته وأما الحكم فلأنه إذا قال لها أمرك بيدك وقال أردت به واحدة فالقول قوله مع يمينه وإذا قال اختارى فطلقت نفسها ثلاثا وقعت ولو قال أردت واحدة الا أن تكون غير مدخول بها فالقول قوله فى إرادته الواحدة قالوا لأن التخيير يقتضى أن لها أن تختار نفسها ولا يحصل لها ذلك إلا البينونة فإن كانت مدخولا بها لم تبن الا بالثلاث وان لم تكن مدخولا بها بانت بالواحدة وهذا بخلاف أمرك بيدك فإنه لايقتضى تخييرها بين نفسها وبين زوجها بل تمليكها أمرها وهو أعم من تمليكها إلا أنه بثلاث أو بواحدة تنقضى بها عدتها فإن أراد بها أحد محتملين قبل قوله وهذا بعينه رد عليهم فى اختارى فإنه أعم من أن تختار البينونة بثلاث أو بواحدة تنقضى بها عدتها بل أمرك بيدك أصرح فى تمليك الثلاث من اختارى لأنه مضاف ومضاف إليه فيعم جميع أمرها بخلاف اختارى فانه مطلق لا عموم له فمن أين يستفاد منه الثلاث وهذا منصوص الامام أحمد فانه قال فى اختارى أنه لاتملك به المرأة أكثر من طلقة واحدة الا بنية الزوج ونص فى أمرك بيدك وطلاقك بيدك ووكلتك فى الطلاق على أنها تملك

به الثلاث وعنه رواية أخرى أنها لا تملكها الا بنيته وأما من جعله تطليقا منجزا فقد تقدم وجه قوله وضعفه وأما من جعله لغوا فلهم مأخذان احداهما أن الطلاق لم يجعله الله بيد النساء إنما جعله بيد الرجال ولا يتغير شرع الله باختيار العبد فليس له أن يختار نقل الطلاق الى من لم يجعل إليه الطلاق البتة قال أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا أبو بكر بن عياش حدثنا حبيب بن أبي ثابت أن رجلا قال لامرأة له إن أدخلت هذا العدل إلى هذا البيت فأمر صاحبتك بيدك فادخلته ثم قالت هي طالق فرفع ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأبانها منه فمروا بعبد الله بن مسعود فأخبروه فذهب بهم إلى عمر فقال يا أمير المؤمنين إن الله تبارك وتعالى جعل الرجال قوامين على النساء ولم يجعل النساء قوامات على الرجال وقال له عمر رضي الله عنه فما ترى قال أراها امرأته قال وأنا أرى ذلك فجعلها واحدة قلت يحتمل أنه جعلها واحدة بقول الزوج ، فأمر صاحبتك بيدك ويكون ويكون كناية في الطلاق ويحتمل أنه جعلها واحدة بقول ضرتها هي طالق ولم يجعل للضرة ابانتها لئلا تكون هي القوامة على الزوج فليس في هذا دليل لما ذهبت اليه هذه الفرقة بل هو حجة عليها وقال أبو عبيدة حدثنا عبد الغفار بن داود عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي يزيد بن حبيب أن رميثة الفارسية كانت تحت محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر فملكها أمرها فقالت أنت طالق ثلاثا مرات فقال عثمان بن عفان أخطأت لاطلاق لها لأن المرأة لاتطلق وهذا أيضا لايدل هذه الفرقة لأنه إنما لم يقع الطلاق لأنها أضافته إلى غير محله وهو الزوج وهو لم يقل أنا منك طالق وهذا نظير مارواه عبد الرزاق حدثنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أن مجاهد أخبره أن رجلا جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما فقال : ملكت امرأتي أمرها فطلقتني فقال ابن عباس خطأ الله نوأها الطلاق لك عليها وليس لها عليك طلاق قال الأثرم سألت أبا عبد الله من الرجل يقول لإمرأته أمرك بيدك فقال قال عثمان وعلي رضي الله عنهما القضاء ماقضت قلت فان قالت قد طلقت

نفسى ثلاثا قال القضاء ما قضت قلت فان قالت قد طلقتك ثلاثا قال المرأة لا تطلق واحتج بحديث ابن عباس رضى الله عنهما خطأ الله نوأها ورواه عن وكيع عن شعبة عن الحكم عن ابن عباس رضى الله عنه فى رجل جعل أمر إمرأته فى يدها فقالت قد طلقتك ثلاثا قال ابن عباس رضى الله عنه خطأ الله نواها أفلا طلقت نفسها قال أحمد صحف أبو مطرف قال خطأ الله نواها ولكن روى عبدالرازق عن ابن جريج قالت سألت عبد الله ابن طاوس كيف كان أبوك يقول فى رجل ملك امرأته أمرها أتملك أن تطلق نفسها أم لا كان يقول ليس إلى النساء طلاق فقلت له فكيف كان أبوك يقول فى رجل ملك أمر امرأته أيملك الرجل أن يطلقها قال لا فهذا صريح من مذهب طاوس أنه لايطلق إلا الزوج وأن تمليك الزوجة أمرها لغوا وكذلك توكيله غيره فى الطلاق (١) وقال أبو محمد بن حزم وهذا قول أبى سليمان وجميع أصحابنا .

والحجة الثانية لهؤلاء أن الله سبحانه وتعالى إنما جعل الطلاق إلى الزوج دون النساء لأنهن ناقصات عقل ودين والغالب عليهن السفه وتذهب بهن الشهوة والميل إلى الرجال كل مذهب فلو جعل أمر الطلاق اليهن لم يستقم للرجال معهن أمر وكان فى ذلك ضرر عظيم بأزواجهن فاقتضت حكمته ورحمته أنه لم يجعل بأيديهن شيئا من أمر الفراق وجعله إلى الأزواج فلو جاز للأزواج نقل ذلك اليهن لناقض حكمته ورحمته ونظره للأزواج قالوا والحديث يدل على التخيير فقط فان اخترن الله ورسوله والدار الآخرة كما وقع كن أزواجه بحالهن وان اخترت أنفسهن متعهن وطلقهن هو بنفسه وهو السراح الجميل لا أن اختيارهن لأنفسهن يكون هو نفس الطلاق وهذا فى غاية الظهور كما ترى قال هؤلاء

(١) زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٧٠

والآثار عن الصحابة فى ذلك مختلفة اختلافا شديدا وصح عن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت فى رجل جعل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثا أنهـا طلقة واحدة رجعية وصح عن عثمان رضى الله عنه أن القضاء ماقضت ورواه سعيد بن منصور عن بن عمر وغيره عن ابن الزبير وروى عن على وزيد وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنها أن اختارت نفسها فواحدة بائنة وأن اختـارت زوجها فواحدة رجعية وصح عن بعض الصحابة أنها إن اختارت نفسها فثلاث بكل حال وروى عن ابن مسعود فيمن جعل أمر امرأته بيد آخر فطلقها فليس بشىء قال أبو محمد ابن حزم(١) وقد تقصينا من روينا عنه من الصحابة أنه يقع به الطلاق فلم يكونوا بين من صح عنه ومن لم يصح عنه إلا سبعة ثم اختلفوا وليس قول بعضهم أولى من قول بعض ولا أثر فى شىء منها إلا مارويناه من طريق النسائى أخبرنا نصر بن على الجهضمى حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد قال قلت لأيوب السختيانى هل علمت أحدا قال فى أمرك بيدك أنها ثلاث غير الحسن قال لا اللهم غفرا إلا ماحدثنى به قتـــادة عن كثير مولى ابن سمرة سمعت عن أبى سلمة عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاثة قال أيوب فلقيت كثيرا مولى ابن سمرة فسألته فلم يعرفه فرجعت الى قتادة فأخبرته فقال نسى قال أبو محمد كثير مولى بن سمرة مجهول ولو كان مشهورا بالثقـة والحفظ لما خالفنا هذا الخبر وقد أوقفه بعض رواته على أبى هريرة انتهى وقال المروزى سألت أبا عبد الله مانقول فى امرأة خيرت فاختارت نفسها قال فيها خمســة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها واحدة ولها الرجعة عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وذكر آخر قال غير المروزى هو زيد بن ثابت قال أبو محمد

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٩٦

ومن خير امرأته فاختارت نفسها أو اختارت الطلاق أو اختارت زوجها أو لم تختر شيئا فكل ذلك لاشيء وكل ذلك سواء ولا تطلق بذلك ولا تحرم عليه ولا بشيء من ذلك حكم ولو كرر التخيير وكررت اختيارات الطلاق أو اختيار نفسها ألف مرة وكذلك أن ملكها نفسها أو جعل أمرها بيدها ولا فرق ولاحجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لم يأت فى القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لامرأته أمرك بيدك أو اختارى يوجب أن يكون طلاقا وأن لها أن تطلق نفسها أو أن تختار طلاقا فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى له ورسوله صلى الله عليه وسلم بأقوال لم يوجبها الله ولا رسوله صلى الله عليه وسلم . قالوا واضطراب أقوال الموقعين وتناقضها ومعارضة بعضها لبعض يدل على فساد أصلها ولو كان الأصل صحيحا لاطردت فروعه ولم تتناقض ولم تختلف ونحن نشير إلى طرف اختلافهم فاختلفوا هل يقع الطلاق بمجرد التخيير أو لايقع حتى تختار نفسها على قولين تقدم حكايتها ثم اختلف الذين لايوقعون بمجرد قوله أمرك بيدك هل يختص اختيارها بالمجلس أو يكون فى يدها مالم يفسخ أو يطأها على قولين :

(أحدهما) أنه يتقيد بالمجلس وهذا قول ابى حنيفة واصحابه والشافعى ومالك رحمهم الله فى احدى الروايتين عنه(١) .

الثانى : انه فى يدها ابدأ حتى يفسخ أو يطأها وهذا قول أحمد وابن المنذر وأبى ثور (٢) ، والرواية الثانية عن مالك ثم قال بعض أصحابه وذلك مالم تطل حتى يتبين أنها تركته وذلك بأن يتعدى شهرين ثم اختلفوا هل عليها يمين أنها تركت أم لا على قولين ثم اختلفوا إذا رجع الزوج فيما جعل اليها فقال أحمد واسحق والاوزاعى والشعبى ومجاهد وعطاء له ذلك ويبطل خيارها

(١) راجع ، تبين الحقائق للزيلعى ج ٢ ص ٢١٩ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٦ الشرح الكبير ح ٢ ص ٤٠٧

وقال مالك وأبو حنيفة والثورى والزهرى رحمهم الله ليس له الرجوع والشافعية خلاف مبنى على أنه توكيل فيملك الموكل الرجوع أو تمليك فلا يملكه ثم قال بعض أصحاب التمليك ولا يمتنع الرجوع وان قلنا أنه تمليك لأنه لم يتصل به القبول فجاز الرجوع فيه كالهبة والبيع واختلفوا فيما يلزم من اختيارها نفسها فقال أحمد والشافعى رحمهما الله واحدة رجعية وهو قول بن عمر وابن مسعود وابن عباس واختاره أبو عبيد واسحق وعن على كرم الله وجهه واحدة بائنة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وعن زيد بن ثابت ثلاث وهو قـــول الليث وقال مالك رحمه الله ان كانت مدخولا بها فثلاث وإن كانت غير مدخول بها قبل منه دعوى الواحدة واختلفوا هل يفتقر قوله أمرك بيدك إلى نية أم لا فقال أحمد والشافعى وأبو حنيفة رحمهم الله يفتقر إلى نية وقال مالك رحمه الله لا يفتقر إلى نية واختلفوا هل يفتقر وقوع الطلاق إلى نيـة المرأة إذا قالت اخترت نفسى أو فسخت نكاحه فقال أبو حنيفة رحمه الله لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج وقال أحمد والشافعى رحمهما الله لابد من نيتها إذا إختارته بالكناية ثم قال أصحاب مالك ان قالت اخترت نفسى أو قبلت نفسى لزم الطلاق ولو قالت لم أرده وان قالت قبلت أمرى سئلت عما أرادت فان أرادت الطلاق كان طلاقا وان لم ترده لم يكن طلاقا ثم قال مالك إذا قال لها أمرك بيدك وقال قصدت طلقة واحدة فالقول قوله مع يمينه وإن لم يكن له نية فله أن يوقع ما شاء وإذا قال اختارى وقال أردت واحدة فاختارت نفسها طلقت ثلاثا ولا يقبل قوله ثم هنا فروع مضطربة غاية الاضطراب لادليل عليها من كتاب ولا سنة ولا إجماع والزوجة زوجته حتى يقوم دليل على زوال عصمته عنها قالوا ولم يجعل الله إلى النساء شيئاً من النكاح ولا من الطلاق وإنما جعل ذلك إلى الرجال وقد جعل الله

سبحانه الرجال قوامين على النساء ان شاؤا أمسكوا وان شاؤا طلقوا ولا يجوز للرجل أن يجعل المرأة قوامة عليه ان شاءت أمسكت وان شاءت طلقت قالوا ولو أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء لم نتعد إجماعهم ولكن اختلفوا فطلبنا الحجة لأقوالهم من غيرها فلم نجد الحجة تقوم إلا على هذا القول وان كان من روى عنه قد روى عنه خلافه أيضا وقد أبطل من ادعى الإجماع فى ذلك فالنزاع ثابت بين الصحابة والتابعين كما حكيناه والحجة لا تقوم بالخلاف فهذا ابن عباس وعثمان بن عفان رضى الله عنهما قد قالا ان تمليك الرجل لامرأته امرها ليس بشيء وابن مسعود يقول فيمن جعل أمر امرأته بيد آخر فطلقها فليس بشيء وطاوس يقول فيمن ملك امرأته أيملك الرجل أن يطلقها قال لاقلت أما المنقول عن طاوس فصحيح صريح لا مطعن فيه سندا وصراحة أما المنقول عن ابن مسعود فمختلف عنه موافقة على وزيد فى الوقوع كما رواه ابن أبى ليلى عن الشعبى أن أمرك بيدك واختارى سواء فى قول على وابن مسعود وزيد ونقل عنه فيمن قال لامرأته أمر فلانة بيدك إن أدخلت هذا العدل البيت ففعلت إنها امرأته ولم يطلقها عليه وأما المنقول عن ابن عباس وعثمان فانما هو فيما إذا أضافت المرأة الطلاق الى الزوج وقالت أنت طالق وأحمد ومالك رحمهما الله يقولان ذلك مع قولهما بوقوع الطلاق إذا اختارت نفسها أو طلقت نفسها فلا يعرف عن أحد من الصحابة الغاء التخيير والتمليك البتة إلا هذه الرواية عن ابن مسعود وقد روى عنه خلافها والثابت عن الصحابه اعتبار ذلك ووقوع الطلاق به وان اختلفوا فيما تملك به المرأة كما تقدم والقول بأن ذلك لا أثر له لايعرف عن أحد من الصحابة البتة وانما وهم أبو محمد فى المنقول عن ابن عباس وعثمان ولكن هذا مذهب طاوس وقد نقل عن عطاء ما يدل على ذلك فروى عبد الرازق عن ابن جريج قلت لعطاء رجل قال لامرأته أمرك بيدك .

يوما أو يومين قال هـــذا ليس بشيء قلت فارسل اليها رجلا أن أمرها بيدها يوما أو ساعة قال ما أدرى ما هذا ما أظن هذا شيئاً قلت لعطاء أملكت عائشة حفصة حين ملكها المنذر بن الزبير قال عطاء لا انما عرضت عليهم أيطلقها أم لا ولم يملكها أمرها ولولا هيبة أصحاب رسول الله ﷺ لما عدلنا عن هذا القول ولكن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم هم القدوة وان اختلفوا فى حكم التخيير ففى ضمن اختلافهم اتفاقهم على اعتبار التخيير وعدم إلغائه ولا مفسدة فى ذلك والمفسدة التى ذكرتموها فى كون الطلاق بيد المرأة انما تكون لو كان ذلك بيدها استقلالا فاما اذا كان الزوج هو المستقل بها فقد تكون المصلحة له فى تفويضها الى المرأة ليصير حاله معها على بينة أن أحبته أقامت معه وان كرهته فارقته فهذا مصلحة له ولها وليس فى هذا ما يقتضى تغيير شرع الله وحكمته ولا فرق بين توكيل المرأة فى طلاق نفسها وتوكيل الأجنبى ولا معنى لمنع توكيل الأجنبى فى الطلاق كما يصح توكيله فى النكاح والخلع وقد جعل الله سبحانه للحكمين النظر فى حال الزوجين عند الشقاق أن رأيا التفريق فرقا وان رأيا الجمع جمعا ، وهو طلاق أو فسخ من غير الزوج اما برضاه ان قيل هما وكيلان أو بغير رضاه ، ان قيل حكمان وقد جعل الله سبحانه للحاكم أن يطلق على الزوج فى مواضع بطريق النيابة عنه فاذا وكل الزوج من يطلق عنه أو يخالع لم يكن فى هذا تغيير لحكم الله ولا مخالفة لدينه ، فان الزوج هو الذى يطلق اما بنفسه أو بوكيله وقد يكون أتم نظرا للرجل من نفسه وأعلم بمصلحته فيفوض اليه ما هو أعلم بوجه المصلحة فيه منه . واذا جاز التوكيل فى العتق والنكاح والخلع والابراء وسائر الحقوق من المطالبة بها واثباتها واستيفائها والمخاصمة فيها فما الذى حرم التوكيل فى الطلاق نعم الوكيل يقوم مقام الموكل فيما يملكه من الطلاق وما لا يملكه وما يحل له منه وما يحرم عليه ففى الحقيقة لم يطلق الا الزوج اما بنفسه أو بوكيله

المبحث الخامس

« الطلاق حق للزوج »

تقدم أن الطلاق حق للمطلق ، لاينبغى أن يقوم به غيره أو يوقعه سواه ، لأنه حق لصيق بذاته ، فلا يثبت لغيره إلا بطريق الوكالة ، ويكون الوكيل محدوداً بإذن الزوج ، وفى الطلاق الذى حدده له الموكل سواء من ناحية العدد أو من ناحية الوقت ، لأن الوكيل سفير ومعبر ، وأن يكون بطريق التفويض ، كما تقدم ، أو كان ينص فى عقد النكاح على أن العصمة بيد الزوجة ، ما عدا هذه الأشياء التى تقدم ذكرها ، ليس لأحد أن يوقع الطلاق غير الزوج ، وأن الشريعة الغراء جعلته حقا للرجل دون المرأة فهل وراء هذا الإجراء حكمة اقتضته : —

نعم : هناك حكمة المنعم التى تجعل الأمور فى نصابها . وتضع المسئولية على عاتق من هم أهل . لها ، وذلك أن إنهاء الحياة الزوجية بالطلاق أمر له خطرة فى نظر الشرع وتترتب عليه آثار لها ضررها بالأسرة والأولاد والمجتمع .

ولما كانت المرأة سريعة التأثير والغضب والخضوع العواطف التى تنسيها وزن الأمر وتقدير العواقب فى ثورة غضبها وليس لهـا ما للرجل فى الأعم الأغلب من قوة ضبط الأعصاب وتقدير المسئوليات والإتزان والتعقل ومغالبة هوى النفس وكبح جماحها عن الشر وكتم الغيظ واستعمال الحكمة .

لما لم يكن لها بحكم تكوينها ما للرجل فى هذا المضمار ، ولما كان الرجل هو رب الأسرة ورائدها وراعيها والمتكفل بنفقاتها ولوازمها ، من أجل ذلك كله جعلت الشريعة الطلاق حقا له دونها ، وقدرت ما يكون فى طبائع بعض الرجال

من شذوذ ونفور فلم تدع الزوجة تعانى شر هذه الحياة التى تضيق بها وبينت لها وسائل الخلاص إذا رغبت فى الانفصال عن زوجها . وليست هناك عدالة أعدل من هذا التشريع الذى أنزله رب السماء لخير بنى الإنسان . هـــذا ونصوص الشريعة الإسلامية واضحة الدلالة بينة القصد فى أن الطلاق حق الرجل وحده ، فمن ذلك قول الله تبارك وتعالى فى أول سورة الطلاق « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله عز من قائل : « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (١) وقوله عز وجل « فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » (٢) .

هذه الآيات وما جاء على نهجها جاء الخطاب فيهـــا للرجال ، وكذلك جاء حديث رسول الله ﷺ أصرح ما يكون فى دلالته على أن حق الطلاق للزوج وحده فقال عليه الصلاة والسلام « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » (٣) .

المطالبة بجعل الطلاق بيد القاضى :

جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق حقا للزوج كا مر بك متى توافرت فيه الشروط التى فصلها الفقهاء ، وعلى ذلك فلا يجوز لغيره إيقاعه إلا بتوكيل منه أو تفويض فيه ، وللزوجة إيقاعه إذا كانت العصمة بيدها وقد كان ذلك سائدا فى الجاهلية فقد طلقت مارية بنت عفزر زوجها حاتما الطائى لما أمعن فى إنفاق ماله

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٣) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٣٨ طبعة الحلبى .

على الناس ولم يبق لابنائه حاجة تكفيهم وقد أرسل إليها قصيدة يقول فيها (١) :ـ

فأقسمت لا أمشى على سر جارتى مدى الدهر ما دام الحمام يغرد .
إذا كان بعض المال ربا لأهله فإنى بحمد الله مالى معبد .
يفك بى العانى ويؤكل طيبا ويعطى إذا من البخيل المطرد (٢).

وفى غير هذه الحالة لايجوز للمرأة أن توقع طلاقا بنفسها والقاضى أن يوقعه فى أحوال اعتبرتها الشريعة وحددها الفقهاء على اختلاف مناحيهم فيها منها تضرر المرأة بالمعيشة ، ومنها إعسار الزوج ومنها غيبته المداومة أو المجهولة على خلاف بين الفقهاء فى أمرها .

وقد عال بعض المصلحين تداعى الأسرة بكثرة إيقاع الأزواج للطلاق فنادوا وما زالوا ينادون بجعل الطلاق بيد القاضى حماية للأسر من التفكك والانهيار وصونا للأولاد من التشرد والضياع .

ولكن هل ما ينادى به هؤلاء المصلحون يوجد له سند من الشرع والدين ؟ هذه المسالة متفرعة عن حق الحاكم سياسة فى الأمر بمباح من المباحات أو النهى عنه . مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه أنه لاسياسة إلا فيما وافق الشرع . أى أنه ليس لولى الأمر أن يأمر بمباح من المباحات أو ينهى عنه ، وإنما يسوس الناس بتعليم الشرع الشريف .

---

(١) المرأة العربية فى جاهليتها لعبدالله عفيفى وكتاب الأسرة والمجتمع للدكتور على عبد الواحد وافى الطبعة الثانية .

(٢) المطرد معرجون شبه به البخيل لانقباض يده عن البذل والعطاء .

وذهب بعض الفقهاء إلى هذا الرأى أيضا فقالوا لا تجب طاعة أولى الأمر إذا أمروا بمباح أو نهوا عنه لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما حلله الله وأن يحلل ما حرم الله تعالى (١) .

ونص الحصكفى وبعض الشافعية على أنه تجب طاعة الامام فى أمره ونهيه ما لم يأمر بمحرم (٢) .

هذا الخلاف كله فى المباح الذى لم يتعلق به سلب حق من الحقوق من صاحبه فكيف إذا ترتب على تقييد المباح سلب حق ممن جعلته الشريعة صاحب هذا الحق وهو معنا هنا الزوج الذى يملك إيقاع الطلاق ونقلنا هذا الحق إلى غيره فى غير ما جاءت به الشريعة .

لاشك أن هذا لا يتفق مع تعاليم الشريعة ، ولا يقال عن جعل الطلاق بيد القاضى أن ذلك من حق ولى الأمر لدفع ضرر وتحقيق مصلحة عامة . ذلك أن دفع الضرر وتحقيق المصلحة العامة يمكن تحقيقها بوسائل أخرى غير سلب الحق من صاحبه .

ووسائل العلاج كثيرة لمن أراد الإصلاح وابتغاه ، ولقد ثبت ثبوتا قاطعاً من إحصاءات الدولة الرسمية أن الطلاق وحده ليس هو العامل الأول فى تشرد الأولاد بل هناك عوامل أخرى غيره لها المكان الأول فى هذا الأمر . أما وسائل العلاج للحد من الطلاق فأولاها بالإعتبار وأجدرها بالتنفيذ هو نشر الوعى الدينى وإفهام الناس أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله ، وانه ضرورة عند الحاجة ،

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٢ طبع شركة المطبوعات العربية .

(٢) بحوث التشريع الإسلامى للمرحوم الشيخ محمد مصطفى المراغى ص ٤٢ .

وليس أداة إيلام فى يد الأزواج يوقعونه عندما يريدون بدون ما سبب أو ضرورة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يكون العلاج أيضاً بنشر الوعى الأسرى لإفهام المقبلات على الزواج والمقبلين عليه أن الزواج ميثاق غليظ ورباط وثيق ينبغى للزوجين الحرص عليه حرصهما على أنفسهما ، وإفهامها أن الحياة الزوجية تعاون ومودة ومواجهة لتكاليف الحياة بالمشاركة وبالتنازل عن بعض المطالب التى كثيراً ما تكون سبباً فى إثارة الشقاق والخلاف بين الزوجين .

وقد يقال : إن ذلك لما يؤتى بالثمرة السريعة الموجوة فى العلاج المنشود وأبادر فأقول إن الثمرة المرجوة وإن جاءت بطيئة مع هذا العلاج فإنها خير ألف مرة مما يراد .

ذلك أن جعل الطلاق بيد القاضى ليس علاجا بالمرة وإنما هو وصاية على الأزواج وسلب حقهم فيه وتلك طامة كبرى فضلا عن مخالفتها لنصوص الشريعة وروحها بعد أن أبان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الطلاق لمن أخذ بالساق وبعد أن أفادت جميع النصوص القرآنية المتعلقة بالطلاق أنه حق للزوج وحده . طالما كان قائما بحقوق الزوجية وحسن المعاشرة . ثم ماذا يقول هؤلاء المصلحون إذا جعلوا الطلاق بيد القاضى وكان لابد لمن يريد أن يطلق أن يبوح بأسبابه لديه ، ومن هذه الأسباب ما لا يجوز البوح بها . أيطعن الزوج نفسه ويصرح له بما يراه سرا دفينا فيما بينه وبين نفسه وبدون ذلك ويسجل فى سجلات القاضى ، وبهذا يلصق العار بأولاده مدى الحياة ، ويصم أسرة زوجته بالفضيحة ويقضى على هذه الزوجة إذا عرف سر طلاقها فلا يقوم على الزواج منها أحد بعده أم لا يبوح بهذا السر ويمسكها رغما عنه لأنه لا يريد أن يطلع القاضى على سر خيانتها .

هل قدر المصلحون هذا الإعتبار مثلا وقدروا حالات أخرى شبيهة به وما الخلاص إذن وكيف السبيل أمام من يريد أن يطلق وسره دفين فى قلبه تلافيا للعار والفضيحة .

هذا كله فضلا عما يترتب على جعل الطلاق بيد القاضى من الحكم على الأزواج جميعاً بالسفه وعدم الصلاحية لمباشرة أخص شئونهم الخالصة .

وإذا كانت قوانين روسيا الشيوعية قد جعلت للزوج حق الطلاق دون وصاية عليه فيه فما بال أبناء شريعة محمد صلى الله عليه وسلم يريدون أن يقلدوا بعض دول الغرب وأمريكا فى جعل الطلاق بيد القاضى وفى ساحات المحاكم .

الباب الثانى

فى الركن الثانى من أركان الطلاق (المحل)

المحل وهو الزوجة أى المطلقة وشأن الطلاق شأن سائر العقود الأخرى وسائر العقود لابد أن يتوافر فيها المحل بمعنى أن يكون المحل موجودا ولما كان محل الطلاق بصفة خاصة هى الزوجة التى يقع عليها الطلاق كان مقتضى الأمر وجودها إذ لو لم تكن موجودة وأراد المطلق أن يوقع طلاقا فعلى من يقع هذا الطلاق عند عدم وجودها .

ومن ثم قال الشافعية والحنابلة لا يقع الطلاق إلا على الزوجة التى تكون فى عصمة بينهما المطلق وإن كانت مطلقة طلاقا رجعيا مادامت فى عدتها لقيام علاقة الزوجية .

مالا يقع عليها الطلاق :

فلا يقع الطلاق على الأجنبية : لأنها ليست فى حوزة المطلق فلو قال لامرأة أجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها فلا تطلق لانعدام الملك وهو قول الظاهرية وهذا الرأى لبعض الصحابة كعلى بن أبى طالب كرم الله وجهه وابن عباس وجابر بن عبد الله وعطاء بن رباح وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب ومجاهد وسعيد بن جبير وقتادة ووهب بن منبه وعلى بن الحسين والقاسم بن عبد الرحمن وروى أيضا عن عائشة وعكرمه واسحاق بن راهوية وأبى سليمان وأصحابه وجمهور أصحاب الحديث (١) وهذا القول بعدم الوقوع

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ٢٠٥ - مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٩١ حاشية الشرقاوى جـ ٢ ص ٤٣٠ ومنتهى الارادات جـ ٢ ص ٣٨٠

سواء عمم الأجنبيات كما لو قال أيما امرأة أتزوجها فهى طالق أو خصها بقبيلة معينة كأن قال أيما امرأة أتزوجها من بنى فلان فهى طالق أو خص ذلك ببلد بأن قال أيما امرأة أتزوجها من مصر فهى طالق كل ذلك لا يقع طلاقه حتى بعد زواجه لأنهم يلتزمون بشرط هام فى المحل وهو أن يكون المحل موجودا ولا يصح قابلية المحل للوجود .

وعند الأحناف ومن وافقهم أن طلاق الأجنبية يصح ويقع إن تزوجها سواء كان اللفظ عاما بأن قال أى امرأة أتزوجها فهى طالق أو كان خاصا بأن خاطب أجنبية بعينها وقال لها إن نكحتك فأنت طالق من غير ما مراعاة لقيام العلاقه الزوجية بينهما (١) لعل الأحناف لم يشترطوا فى المحل أن يكون موجودا فقط بل راعوا فى المحل أن يكون قابلا للوجود .

عند مالك إن قال للأجنبيات عموماً أيما إمرأة أتزوجها فهى طالق فانها لا تطلق فى حالة العموم وإن خصص بأن قال أى إمرة من بنى فلان أتزوجها فهى طالق ثم تزوج من بنى فلان وقع الطلاق عليها (٢) وقال الأوزاعى فى هذه المسالة بأن قوله إن تزوجتك فأنت طالق للأجنبية ، القول مكروه وإن تزوج لا يفسح بينهما ولا تطلق وهو قول سفيان الثورى (٣) ويمكننا أن نقول بأن هذا القول نظر إلى صدور العبارة وإلى آثارها فمن حيث الصدور جعل الكراهة حكما ولعل هذا بغية أن يحافظ الإنسان على سائر أقواله حتى لا يتعرض للاثم على حد قوله تعالى (والذين هم عن اللغو معرضون) (٤) أما من ناحية الأثر فلم ير لها أثرا ومن ثم قال لا فسخ بينهما إن تزوج بالأجنبية وسبب الخلاف الناشىء بين

---

(١) تبيين الحقائق حـ ٢ ص ٢٣٢ (٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد حـ ٢ ص ٩٧٢٩٦ ، الشرح الكبير حـ ٢ ص ٢٧١ (٣) المحلى حـ ١٠ ص ١٠٦١٢٠٥
(٤) سورة المؤمنون

الفقهاء هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق ، أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ومن قال ليس من شرطه إلا وجب الملك فقط قال . يقع بالأجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحقاق مبنى على المصلحة وذلك أنه عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكأنه من باب نذر المعصية وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك اذا ألزمناه الطلاق (١)

وان كان ابن جزى فى عبارته يقول بأنه لا ينفذ طلاق الأجنبية إتفاقا (٢) ونقله الاتفاق كما سبق أمر يدعو الى الدهشة ولعله رأى أن هناك فرق بين الوقوع والنفاذ فنقل الاتفاق على عدم النفاذ ولكن بالنظر الى الأقوال المتقدمة ومنشأ الخلاف بينهما أنهم تتبعوا صدور العبارة من المطلق منذ وقت صدورها وهذا التتبع هو الذى أحدث هذا الخلاف لأن الأمر جد خطير إذ أن العبارة بالنسبة للأجنبية كأنها سيف مسلط عليها فمتى انعقد نكاحها وتم زواجها فهل يقع طلاقها أو لا يوجد ثمة تفريق بينه وبينها وكان ينبغى ألا ينقل هذا الاتفاق .

أدلة القول الاول الذى يقول بأن طلاق الاجنبية لا يقع :

الدليل الأول : وهو قول بن عباس وعائشة لقوله عليه الصلاة والسلام لانذر لابن آدم فيما لايملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لايملك رواه احمد وابن ماجه (٣) اقتضى هذا الحديث أنه لابد من الملكية حتى يصح تصرف المالك لأنه لايمكن للإنسان أن ينذر فيما لايملك لأن النذر الزام ماليس بلازم فكيف يلزم الانسان نفسه بما ليس فى ملكه كما أن البيع يقتضى تسليم المبيع

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٩٧ (٢) قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٣ (٣) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٠ (٢٠٤٨) ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٠ وهذا الحديث روى بعدة روايات منها رواية أبى رواد قال « ولا وفاء نذير الا فيما يملك » سبل السلام الصنعانى جـ ٣ ص ١٨٠

لأنه يقتضى التصرف من البائع بيعه يترتب التزاما فى ذمته بتسليم المبيع فكيف يقوم بتسليم مالا يملكه والطلاق شأنه شأن سائر العقود التى تقتضى ملكية المعقود عليه أى المحل ولو طلق أجنبية كأنه يعقد عقدا لا محل له وهذا باطل الا اذا اعتبرنا وعدا بالتعاقد حتى ولو كان الأمر كذلك فهذا لايمكن لأن الوعد بالتعاقد يعده عقدا لأبد من توافر أركانه وقيام بنيانه .

الدليل الثانى : سئل ابن عباس عن هذه المسألة فقال قال الله تعـالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » .

وجه الدلالة : شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ولأنه لا يملك التنجيز لعدم المحل فلا يملك التعليق بالملك كما لا يملك التعليق بغيره(١) من الشروط وهذا لأن المحل شرطه الطلاق قياسا على الأهلية ووجه الشبه بينهما لايجوز التعليق من غير الأهل إن كان مطلقا وكان غير ذى اهلية كالصبى يقول إذا بلغت فامرأتى طالق فكذا فى المحل وبالرغم من أن المطلق لم نشترط فيه إلا اشتراطات معينـــة كالبلوغ والأهلية وكان الصبا مانع من صحة الطلاق ونفاذه وعدم جواز تعليقه فما بالك بالمحل إذا لم يكن موجودا من أساسه فهو أولى بالمنع وأحق بعدم الصحة بل إتصافه بالبطلان هو الأولى قياسا على بيع مالا يملك كالطير فى الهواء ثم ملكه .

الدليل الثالث : عن على بن أبى طالب قال « لاطلاق إلا من بعد نكاح وإن سماها فليس بطلاق »(٣) وحكى عن ابن عباس مثل ماقاله على بترتيب الطلاق بعد النكاح وقد قال على أيضا : ليس طلاق إلا من بعد ملك ـ أى أن هناك ترتيب زمنى بين الطلاق والملك إذ الطلاق لايكون الا عقب الملك فلا يسبقه ولاملك الا بنكاح(٤) ومجموع هذه الأقوال فى جملتها تعد تأييدا لعدم وقوع الطلاق على

---

(١) سورة الأحزاب .

(١) التسهيل جـ ٣ ص ١٤٠ وأحكام القرآن للجصاص جـ ٥ ص ٢٢٨

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٥

(٤) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٥

الأجنبية ولأنه يضاد المقصود منه النكاح وهو التوالد فلا يشرع أصلا(١).

أدلة القول الثانى الذى يقول بأن طلاق الأجنبية يقع عقب نكاحها :

استدلوا بالمعقول قالوا ان التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى وهذا لأن اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لأنه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاق لأنه لايكون طلاقا الا بعد الوصول الى المحل وما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لأجل الطلاق لا لأجل الحلف لكن المحلوف به سيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله الى المحل وعند ذلك الملك واجب ولهذا لايكره الحلف فى حالة الحيض بخلاف الطلاق ولو كان ايقاعا يكره فإذا لم يكن طلاقا للحال لايشترط له المحل كمن قال ان ملكت عبدا فلله علىّ أن أعتقه ولهذا لو حلف أن لايطلق بالشرط لايحنث ولو حلف أن لايحلف يحنث ولو كان طلاقا لحنث بالتعليق فعلم أنه يمين واليمين تنعقد للمنع أو الحمل اذا احتمل وجود الملك عند الشرط ليكون محققا عند وقوع الجزاء وهنا الملك لازم عنده فكان أولى بالجواز ونظيره من الحسيات الرمى فانه ليس بقتل والترس لايكون مانعا ماهو قتل ولا مؤخرا له بل يكون مانعا ماسيصير قتلا إذا وصل الى المحل (٢).

---

(١) تبين الحقائق للزيلعى حـ٢ صـ ٢٣٢

(٢) المرجع السابق صـ٢٣٢ كشف الحقائق شرح كنز الدقائق للأفغانى حـ ١ صـ٢٠٣ - عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن ان رجلا قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق فقال عمر بن الخطاب هو كما قال وهذا قول الزهرى - المحلى لابن حزم حـ ١٠ صـ ٢٠٦

أدلة القول الثالث الذى يقول بأن طلاق الأجنبية يقع اذا خص واذا عم فلا يقع .

الدليل الأول : روى من طريق مالك عن سعيد ابن عمرو بن سليم عن القاسم بن محمد أن رجلا قال : ان تزوجت فلانه فهى على كظهر أمى فتزوجها فقال له عمر بن الخطاب لاتقربها حتى تكفر (١) وهذا الأثر مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو صحابى جليل وفوق هذا خليفة لمسلمين يعتد بقوله ويحتج بفعله بمقتضى قول النبى (ص) عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ ومن هذا بالنظر الى هذا الأثر وهو ينهاه فيه عن قربانها حتى يكفر وهى كلمة صادرة منه لأجنبية والطلاق كالظهار بجامع التحريم فى كل ولا يقال ان تحريم الظهار تزيله الكفارة وتحريم الطلاق يقتضى الفرقة وانما الذى يقصده مطلق تحريم من غير نظر الى الأثر الناتج عنه وما تقدم دليل على ما اذا خص أما عم فانه لايقع وذلك لما فى العموم من مشقة على المطلق لأنه سيترتب على لفظه العام أنه لايتزوج مطلقا لأنه يمقتضى زواجه يقع الطلاق وهذا فيه حرج كبير والحرج مدفوع بقوله تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) (٢) كما أن عموم اللفظ فيه عسر والعسر يزال فى التكليف الشرعية لأن الله سبحانه وتعالى لم يرد بالناس الوقوع فى المشقات بل باشر التخفيف عنهم بالرخص قال تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا »(٣) وقال

---

(١) المحلى حـ ١٠ صـ ٢٠٦

(٢) سورة النساء .

(٣) سورة الحج .

أيضاً « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(١) .

أدلة القول الرابع الذى يقول بأنه يكره التعلق بطلاق الأجنبية وإن تزوجها لا يقع .

روى عن الأوزاعى أنه قال: ان تزوجها لم آمره بفراقها وإن كان لم يتزوجها لم آمره أن يتزوجها ، وهو قول سفيان الثورى فقيل له أحرام هو ؟ فقال ومن يقول إنه حرام من رخص فيه أكثر ممن شدد فيه وبه يقول أبو عبيدة(٢) ، وبالنظر إلى النص المتقدم نجد أن سفيان الثورى ينكر على من يقول بالحرمة حيث يقول ومن يقول بأنه حرام وأيضا يقول إن من رخص فيه أكثر ممن شدد وهذا يدل على قولهم كما أنه قد قال به أحد الصحابة هو أبو عبيدة وله ما له من الفضل .

« الترجيح »

باستعراض الأقوال المتقدمة يترجح لدينا ما قال به الأحناف ومن وافقهم بسريان طلاق الأجنبية ووقوعه عليها إن تزوج بها وذلك لعدة أسباب :

السبب الأول : هو أن الأدلة التى إستند إليها القائلون بعدم وقوع طلاق الأجنبية قد فندت على النحو التالى :ـ

(أ) فمن ناحية الحديث الذى يقول « لا طلاق إلا فيما يملك » وما رواه الشافعى رحمه الله لم يصح قاله أحمد مع ملاحظة أن أحمد رأيه يوافق ما عليه الشافعى وقال أبو الفرج روى من طرق مجتنبه بمرة وقال ابن العربى أخبارهم

---

(١) سورة البقرة (٢) المحلى جـ ١٠ ص ٢٠٦ .

ليس لها أصل فى الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز والتأويل منقول عن السلف كمكحول وسالم والشعبى والزهرى .

وهـذا الحديث قال فيه الدارقطنى ما نصه الحديث مرسل ليس فيه جابر وقال يحيى بن معين لا يصح عن النبى ﷺ (لا طلاق قبل نكاح) وقال ابن عبد البر ، روى من وجوه إلا أنها عند أهل العلم بالحديث معلولة (١) .

(ب) والمراد بقوله تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » إذ المطلق ينصرف الى الكامل بمعنى أن الطلاق اذا أطلق إنصرف إلى وقوعه كاملا وهـذا إما أن يكون منجزا أو معلقاً عـلى زوجة موجودة وأيضا أن الآية وردت فى حكم خاص وهو الطلاق بعد العقد وقبل الدخول وما نحن بصدده ليس كذلك فالدليل لا ينطبق على الدعوة .

(ج) وأما القياس الذى أتوا به فإنه مردود لما يأتى : قياسهم الطلاق عـلى البيع فى الملك لا يصح فيكون لغواً قبل الملك بخلاف اليمين لأنه لا يشترط له الملك وهو الموجود هنا والاهلية شرط لجميع التصرفات واليمين منها فلا يجوز من صبى وقوله لا يملك التنجيز لعدم الملك فلا يملك التعليق يبطل بمـا إذا قال لجاريته ان ولدت ولداً فهو حر حيث تعتق إذا ولدت وان كان لا يملك التنجيز فى الولد المعدوم وقت اليمين وحاصل الخلاف أن المعلق بالشرط لا ينعقد سببا للحال وأثـر التعليق فى إعدامه إلى زمان وجود الشرط عنـدنا فلا يكون طلاقاً قبله فلا يشترط الملك له وعنده ينعقد سببا وأثر التعليق فى تأخـير الحكم فكان

---

(١) سبل السلام ﺣ ٣ ص ١٧٩ .

إيقاعاً فى الحال فيشترط له الملك (١) .

السبب الثانى : أن قول مالك وتفريقه بين عموم اللفظ وخصوصه فإنه فى حالة الخصوص يوافق الأحناف فيما قالوه وفى حالة العموم يخالفهم وهـذه التفرقة فى نظرنا تفرقة تحكمية تحتاج إلى دليل والدليل غير موجود وكان ينبغى أن يقول بصحة طلاق الاجنبية أو بعدم الصحة لأن الشىء إما أن يكون صحيحاً وغير صحيح ولا ثالث لهما وهل يعقل أن يكون الشىء صحيحا غير صحيح فى آن واحد، وكذا الشافعية لهم قول ، بإيقاع الطلاق المعلق على الاجنبية قالوا فى المعلق أنه يقع(٢) وبالنظر إلى هذا القول الشافعية وإن كان غير مشهور المذهب إلا أنه يوافق الاحناف .

السبب الثالث : أن قول الاوزاعى ومن وافقه فى نظرنا لم يأت بحكم معتبر أو يعتد به والسر فى هذا أن الكراهة بالنطق فى طلاق الاجنبية لا يعد حكما مانعا من النطق به لأن الكراهه قد تكون تحريمية وهى ما كانت إلى الحرام أقرب وقد تكون كراهة تنزيهية وهى ما كانت الى الحل أقرب وهو لم يبين أى نوع من الكراهة يقصد وميله الى الكراهه التنزيهية عندى هو الاولى ويدل لما نقول قول سفيان عندما سئل أحرام هو قال ومن يقول بحرمته بطريقة الاستفهام

---

(١) تبيين الحقائق الزيلعى حـ ٢ ص ٢٣٢ - حديث (لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك) قال ابن صاعد : غريب لا أعرف له صـلة وحديث عائشة قال ابن حاتم فى العلل عـن أبيـه حديث منكر وحديث ابن عباس فى اسناده عند الحاكم من لا يعرف وحديث معاذ أعل بالارسال - نيل الاوطار حـ ٦ ص ٢٧٠ .

(٢) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار حـ ٢ ص ١٠٤ ط . ع .

الانكارى بل قال بعد ذلك من رخص فيه أكثر من شدد فيه . والترخيص يعنى اليسر والسهولة .

السبب الرابع : ما جاء فى الحديث المروى عن النبى ﷺ بطريق أحمد والأربعة إلا الترمذى (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق) (١) هذا الحديث يدل على صحة طلاق الاجنبية لأن رفع القلم يعنى رفع التكليف والتكليف لم يرفع إلا عن الثلاث المنصوص عليها فى الحديث الصبى حتى يبلغ والنائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق هذا هو المنطوق والمفهوم أن ما عدا هؤلاء لا يرفع عنهم التكليف فكل ما نطقوا به محسوب عليهم ومآخذون عليه ونطق المكلف بطلاق الاجنبية يعتبر محسوبا عليه وإن كان المحل غير موجود عند النطق إلا أنه محتمل الوجود فى المستقبل ألا ترى أن السلم يصح مع إنعدام المسلم فيه عند الانعقاد فكذا هذا فإن قيل إن السلم شرع على خلاف القياس ولحاجة الناس بالنص قلنا ما نحن بصدده من صحة طلاق الاجنبية ووقوعه بعد نكاحه أولى كى يحتاط المكلفون فى كل ما يصدر عنهم من أفعال وأقوال .

السبب الخامس : ما جاء فى حديث سعيد بن منصور عن النبى ﷺ «لا قيلولة فى الطلاق » (٢) فإن النكرة إذا وقعت فى سياق النفى أفادت العموم والعموم يأخذ به أيا كان جهده وهذا الحديث يفيد أن الطلاق متى صدر من مكلف معتد بعبارته لا يمكن أن يكون هباءاً لأن لفظه يعول عليه ويلتفت إليه ومن ثم متى صدر منه طلاق الأجنبية المعلق كأنى به يقصده ويريده لأنه لو كان لا يقصده

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١٨٠ (٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٨١

ولا يريده لما علقه لأن الاجماع منعقد على أن طلاق الاجنبية لمن كانوا منجزاً لا يصح ولا يقع وأما تعليقه يعد دليلا على قصده ومن هنا كان لا قيلولة في الطلاق متى صدر ، وقال ابن حزم في حديث لا قيلولة في الطلاق المراد طلاق المكلف العاقل والناطق بطلاق الاجنبية مكلف عاقل (١) .

السبب الخامس: ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على أمره . وهذا الحديث فيه الصيغة الدالة على العموم بدون أن يخرج منها شيء قط سواء كان الطلاق واقع على زوجة موجودة أو على أجنبية يمكن أن تكون زوجة في المستقبل فلم تستثنى من الحديث إذ لو كانت خارجة من الطلاق الجائز لأخرجت بطريق الاستثناء بدليل أنه وقع في الحديث إستثناء من القاعدة العامة وهو طلاق المعتوه لكن طلاق الاجنبية لم يستثن فدل على بقائه وعدم اخراجه وهذا منطوق الحديث وليس بمفهومه لأن دلالة المنطوق أقوى من دلالة المفهوم .

ب ـ ولا يقع الطلاق على الأمة من قبل سيدها :

لأن سيدها يملكها مادياً ومعنويا فإنه يملك خدمتها وبدنها كما يملك التأثير عليها وملك اليمين أقوى من ملك النكاح لأن ملك النكاح يكون قاصراً على البضع والاستمتاع بخلاف ملك اليمين فإنه يملك ما يترتب على النكاح وزيادة إذ أن السيد يملك إجبار الأمة على النكاح ويملك منعها منه وفي حالة الإذن لها بالنكاح لا يجب عليه أن يبوئها بيت الزوجية بل يقال لزوجها متى ظفرت بها وطئتها ومن ثم فإن طلاق الامة المملوكة يعتبر عقداً بدون محل والعقد بدون

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٧ .

محل باطل فلا يقع طلاق الامة (١) ولأن الأمة مسخرة أساساً للخدمة وملكية سائر منافعها الاستمتاع جزء منها ولهذا لا يقع طلاقها إلا إذا كانت قد زوجت بحر لا يملك طول الحرة وإن كان الأحناف يجوزون نكاحها حتى فوق الحرة ولا يمكن أن تطلق إلا بعد زواجها لأنها قبـــل الزواج مملوكة وملكيتها تنافي وقوع الطلاق عليها إذ العبد وما ملكت يداه لسيده وكذا الأمة .

ثانيا : ما يقع عليه الطلاق :ـ

ويقع الطلاق على الزوجة سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ما دامت هي المحل في عقد الطلاق ، ويقع الطلاق على جملتها كما لو قال لها أنت طالق لأنه يشمل جميعها بلا استثناء شيء منها وكما يمكن التعبير عن جملتها يمكن إيقاع الطلاق على جزء من أجزائها وإن كان الشافعية قد اشترطوا فيه أن

---

(١) الاختيار حـ ٣ ص ١٥٧ ـ وإن كانت الامة لا ينبغي نكاحها الحر عند الشافعية إلا بشروط متعددة منها ١ـ ألا يكون تحته حرة تصلح للاستمتاع وقيل ألا يكون تحته حرة سواء كانت تصلح للاستمتاع أو غير صالحة له ، فلو قدر على غائبه حلت له أمة إن لحقه مشقة ظاهرة في قصدها أو خاف زنا مدته ولو وجد حرة بمؤجل أو بدون مهر مثل فالأصح حل أمة في الأولى دون الثانية . ٢ ـ وأن يخاف زنا فلو أمكنه تسر فلا خوف في الاصح وإسلامها ويحل لحرة وعبد كتابيين أمة كتابيه على الصحيح .

مغني المحتاج حـ ٣ ص ١٨٤ و ١٨٥ ومن كلام الشافعية المنقول آنفا يتضح أن طلاق الامة غير ممكن لأنهم يحاولون منع نكاحها بالنسبة للحر إلا إذا ألجأته الضرورة إلى ذلك كما ذكر في الشروط السابقة لأن ملكها باليمين أقوى من ملكها بالنكاح إذ بالنكاح يملك ضربا من المنفعة وبملك اليمين يملك سائر منافعها ومنها الاستمتاع اللهم إذا كان المتزوج منها رقيقا مثلها .

يكون متصلا (١) ، ومن ثم فلا يقع على المنفصل أما الحنفيه فقد قالوا يمكن إضافة الطلاق إلى جملة الزوجه أو إلى ما يعبر به عنها كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد والفرج والوجه أو إلى جزء شائع منها كنصفها أو ثلثها (٢) .
والدليل على ذلك . أنه أضافه إلى محله أما إذا أضافه إلى جملتها بأن قال أنت طالق فظاهر لأن كلمة أنت ضمير المخاطبة وكذلك الروح والبدن والجسد وأما غيرها فلأنها تذكر ويراد بها جملتها قال الله تعالى «فظلت أعناقهم لها خاضعين» (٣) والمراد ذاتهم ولهذا جمع هذا الجمع وقال الله تعالى «فتحرير رقبة» (٤) ، وقال تعالى «ويبقى وجه ربك» (٥) . وقال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الفروج على السروج» (٦) ويقال أمرى حصن ما دام رأسك أى ما دمت باقية ، هؤلاء رؤوس القوم . والجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع ونحوه فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزأ فى حق الطلاق فيثبت بالكل بخلاف البيع لأن النفس تتجزأ فى حقه فيقتصر على الجزء المضاف إليه لعدم الحاجة إلى التعدى (٧) .
وإن كان الطلاق قد ألصق بجملتها أو بجزء من أجزائها المتصلة التى لا يمكن

---

(١) حاشية الشرقاوى جـ ٢ ص ٤٣٠ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٩٢ .
(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعى جـ ٢ ص ٢٠٠ ، كشف الحقائق للأفغانى جـ ١ ص ١٩٠ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٨٠ .
(٣) سورة الشعراء آية
(٤) سورة المجادلة آية
(٥) سورة الرحمن آية
(٦)
(٧) تبين الحقائق الزيلعى جـ ٢ ص ٢٠٠ ، كشف الحقائق جـ ١ ص ١٩٠ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٩١ .

فصله إلا بسبب طارىء غير متوقع كالبتر وغيره فإن الطلاق يقع بلا خلاف ،
فلو قال لزوجته رأسك طالق أو رقبتك أو رجلك كل هذه الأشياء إذا نطق
بها الزوج وقع الطلاق بلا خلاف سواء كان منجزاً أو معلقا وحدث
ما علق عليه .

أما لو أوقع الطلاق على جزء من أجزائها وكان هذا الجزء مقطوعا فما الحكم
بمعنى هل يقع الطلاق أو لا ؟

فمن قال لزوجته يمينك طالق إن دخلت الدار فقطعت يمينها قبل الدخول
ثم دخلت فهل يقع طلاقها وجهان فى ذلك عند الشافعية .

(الوجه الأول) أنه لا يقع لأن الطلاق يقع على اليد أولا ثم يسرى إلى
بقية أجزاء الجسم وهذا إن قلنا بطريق السراية ، وأى جزء من اليد يعتبر كأن
اليد كلها موجودة فلو كانت مقطوعة الكف مثلا أو اليد مقطوعة من المرفق
فإنها تطلق لبقاء جزء من اليد لأن اليد تطلق على العضو من الكف الى المنكب.

(الوجه الثانى) يقع الطلاق على مقطوعة اليد حتى لو فقدت بعد النطق وقبل
الوقوع [١] ، وهذا من قبيل التعبير بالجزء عن الكل فمن قال لزوجته يمينك
طالق ولا يمين لها وقع الطلاق كأنه قال لها كلك طالق من إطلاق الجزء
وإرادة الكل .

وعند غير الشافعية لم يقع هذا الخلاف بل متى وقع الطلاق على عضو وقع
الطلاق على الكل ، فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ٤٣٠ ، مغنى المحتاج جـ ٣
ص ٢٩١ .

سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن والشافعى وأبى ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأى إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو أحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج ، طلقت ، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق اليه لأنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض فى الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضى التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسى فى قتل صيد (١) . وإن كان أصحاب الرأى قد وجد لديهم رواية تمنع وقوع الطلاق فى حالة ما لو قال لزوجته يدك أو رجلك أو دبرك طالق فلا يقع الطلاق أى إن أضاف الطلاق إلى هذه الأعضاء لا يقع لأنها لا يعبر بها عن الجملة وباعتباره كان الوقوع فيما تقدم حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لم يقع فى الأصح لأن الطلاق شرع لرفع القيد فيختص بمحل القيد ومحله ما يجوز إضافة النكاح الية لا ما يدخل تبعا كذلك الرقبة تدخل فيه الأطراف تبعا ولا يجوز إضافة الشراء إليهما بخلاف الجزء الشائع لأنه يجوز إضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق ومحل الاستمتاع به تبع لورود الحل فى جميعها فلا يجعل أصلا كما فى إضافة النكاح اليه (٢) وعند زفر والشافعية يقع إذا أضافه الى اليد أو الرجل ، ونحوه مما لا يعبر به عن الجملة

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٤٢ .

(١) تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٠٠ .

لأنه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فتثبت فيه ضمنيت الإضافة ثم يسرى إلى الكل كما فى الجزء الشائع بخلاف إضافة النكاح اليه لأن الحرمة فى فهره تغلب الحل فيه ، لما عرف فصار كما لو قال طلقتك شهرا أنطلق دهراً، ولو قال تزوجتك شهراً لا يصح(١) ، أنه لو جاء فى عرف قوم التعبير بجزء ما من البدن عن كله صح هذا التعبير ـ ومن هنا إذا أوقع الطلاق على هذا الجزء إنصرفت الى الكل وهذا ما يقول به زفر والشافعى . وجاء فى كشف الحقائق ما نصه « ولو أن قوماً يعبرون باليد عن البدن يقع الطلاق باضافتهم إلى اليد كذا فى المبسوط »(٢) ويقاس على اليد غيرها .

والراجح لدينا ما قال به زفر والشافعية وذلك لأن الناكح للمرأة وإن كان أساساً يقصد الاستمتاع والإنجاب إلا أنه يجره إلى ذلك النظر الى الأعضاء الظاهرة من البدن وما دامت الاعضاء الظاهرة هى التى تجر الى ذلك تعتبر وسيلة الى المقصود ويقول الاصوليون « إن الوسائل لها حكم المقاصد ومن ثم لو قال لها يدك طالق أو رجلك أو غير ذلك فإن الطلاق يقع سواء كان بطريق الصرايا أو بطريق التعبير بالجزء عن الكل لا فرق إذا المقصود الوقوع ، وان كان الاحناف قد جعلوا فى الظهر والبطن روايتان بالوقوع وعدمه لكن الأصح الوقوع وقد جرت غالبية الكتب على الاصح وليسا إلا عضوين من أعضاء البدن لا يفترقان عن اليد والرجل .

---

(١) الاختيار لتعليل المختـــار جـ ٣ ص ١٨٠ ، الزيلعى جـ ٢ ص ٢٠٠ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٩١ .

(٢) كشف الحقائق جـ ١ ص ١٩١ .

مسألة

« وإن قال لها شعرك طالق أو ظفرك طالق فهل يقع الطلاق أو لا ؟ »

وقع الخلاف في وقوعه فعند الشافعية والمالكية أنه يقع وعند الأحناف والحنابلة لا يقع واستدل الشافعية على الوقوع بقولهم بأنه طلاق صدر من أهله فلا ينبغى أن يلغى وتبعيضه متعذر لأن المرأة لا تتبعض فى حكم النكاح فوجب تعميمه وبالقياس على العتق بجامع أن كلا منهما إزالة ملك يحصل بالصريح والكناية ونظر فى القياس بأن العتق محبوب والطلاق مبغوض وبأن العتق يقبل التجزئة فصحت إضافته البعض بخلاف الطلاق (١)، واستدل الحنابلة والأحناف على عدم الوقوع فى حالة طلاق الشعر أو الظفر لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة وكذلك لأنه جزء ينفصل عنها فى حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا خلاف فيهما وفارق الأصبع فإنها لا تنفصل فى حالة السلامة ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك (٢) .

« ما لا يصح إضافة الطلاق إليه » :

وهى الأوصاف العارضة وفضلات الجسم وكل ما يتجدد بمعنى أن يكون ما يحدث فى هذه اللحظة غير ما يحدث فى سابقتها ومن ثم لو أضاف الطلاق إلى ريقها بأن قال لها ريقك طالق أو عرقك أو دمعك أو منيك أو لبنك أو حملك

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٩١ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٤٦ .

أو أضاف الطلاق إلى ما لا وجود له فيها خلقة بأن قال لها ذكرك طالق أو لحيتك طالق وكذلك لو أضاف الطلاق إلى أشياء عارضة وهى ما يمكن أن تزول بسبب سواء كان هذا السبب مكتسب أو خلقى وذلك بأن أضاف الطلاق إلى سمعها أو بصرها أو شمها أو ذوقها أو حركتها وسكونها أو الصفات الجمالية فيها أو إلى ضدها كحسنها وقبحها، كل هذه الأشياء المتقدمة لا ينبغى إضافة الطلاق إليها ولذا فإنه لو أضيف إليها لا يقع .

(أ) لكونها فضلات خارجة عن الجسم الذى يمكن إضافة الطلاق إليه .

(ب) ولكونها متجددة فإن الريق مثلا الذى يوجد عند النطق بالطلاق غير الريق الموجود عقبة .

(ﺟ) والصفات العارضة قائمة بغيرها فإنها لا وجود لها بغير ما تقوم به وهي أعراض تحتاج إلى جوهر تحل به والأعراض لا تبقى زمانين وأما الأشياء التى لا توجد بها كاللحية وما أشبه إذا أوقع الطلاق عليها فإنه يقع على غير محل ولو أضافه إلى الحمل لم يقع لأن الحمل مودع فيها قال الله تعالى :ـ

« وهو الذى أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع » (١) .

تجزئة الطلاق :

قبل الكلام على أن الطلاق يتجزأ أو لا يتجزأ ينبغى أن نتعرض لعدد الطلقات الذى يصح على الطلاق ثم هل الطلاق بالنساء أو بالرجال ؟ ثم نتكلم عن تجزئة الطلاق والاحكام المترتبة عليها .

---

(١) سورة الأنعام .

أما عدد الطلاق فإنه يثبت للحرة ثلاث تطليقات وللأمة ثنتين يدل لهذا قول الله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »(١) وسبب نزولها أن هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في إبتداء الإسلام من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته وإن طلقها مائة مرة ما دامت في العدة .

فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله عز وجل إلى ثلاث طلقات وأباح الرجعة في المرة والثنتين وأبانها بالكلية في الثالثة فقال « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »(٢) .

وقد روى بن جرير في تفسيره من طريق جرير بن عبد الحميد وابن إدريس، ورواه عبد بن حميد في تفسيره عن جعفر بن عون كلهم عن هشام عن أبيه قال كان الرجل أحق برجعة إمرأته وإن طلقها ما شاء ما دامت في العدة وإن رجلا من الأنصار غضب على امرأته فقال : والله لا أؤذيك ولا أفارقك . قالت : وكيف ذلك ؟ قـــال : أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك ، ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك . فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأنزل الله عز وجل (الطلاق مرتان) قال : فاستقبل الناس الطلاق من كان طلق ومن لم يكن طلق (٣) .

دلت هذه الآية على الطلاق الذى يجوز وقوعه من الزواج وإيقاعه على الزوجة وحددته بثلاث تطليقات فلا ينبغى للزوج أن يوقع أكثر منهن لأن الزوجة ليست محلا لغيرهن وما زاد على هذا العدد يعتبر هباءاً أو لغواً لإنعدام المحلية ووجه الدلالة من هذه الآية قول الله تعالى « الطلاق مرتان » أفاد ما يلي:

---

(١) سورة البقرة .

(٢) ابن كثير ـ جـ ١ ص ٢٩٩ ط.ش .

(٣) المستدرك جـ ٢ ص ٢٧٩ و ٢٨٠ ـ التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزى جـ ١ ص ٨٢ .

أ ـ أنه بيان الطلاق الذى تثبت معه الرجعه ويروى ذلك عن عروة ابن الزبير وقتاده .

ب ـ أنه أمر بأن الزوج إذا أراد أن يطلق زوجته ثلاثا فعليه تفريق الطلاق فيتضمن الأمر بالطلاق مرتين ثم ذكر بعدها الثالثة والتفريق فيـــه مصلحة للزوج والزوجة لأنه اذا كان هو المتعنت ربما راجع نفسه وقام بمراجعة زوجته وإذا كان الضرر من جهتها ربما اعتذرت له عن طريق الحكمان فيزيلان ما بينهما من شقاق ويقضيان على الأسباب التى تؤدى إلى الفراق وهذه الآية فيها أمـر بتفريق الطلقات وإن وردت بصيغة الخبر إلا أنها يراد بها الإنشاء كقوله تعالى « والمطلقات يتربصن والوالدات يرضعن » (١) فكلاهما خبر يراد به الانشاء ومن هنا كان التفريق يحقق المصلحة وضده يحقق المفسدة وذلك يقتضى التفريق لا محالة لأنه لو طلق اثنتين معاً لمـا جاز أن يقال طلقها مرتين وكذلك لو دفع رجل الى آخر درهمين لم يجز أن يقال أعطاه مرتين حـتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه وإذا كان هذا هكذا فلو كان الحكم المقصود باللفظ هـــو ما تعلق بالتطليقتين من بقاء الرجعة لأدى ذلك إلى اسقاط فائدة ذكر المرتين (٢) .

جـ ـ أن الزوج يملك ثلاث طلقات أخذاً من قوله تعالى « الطلاق مرتان » ذكر الله سبحانه تعالى اثنتين أولا وأمـا الثالثة ذكرها بعد ذلك فى نفس الآية أخذاً من قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإن الله سبحانه وتعالى خـير الزوج بعد الطلقة الثانية بـين حالين لا ثالث لهما الاولى الإمساك بالمعروف بعد إزالة أسباب الخلاف ورفع الشقاق واستمرار المعاشرة الحسنة،

(١) سورة البقرة .
(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٧٣ .

أو اذا استمر الخلاف واستحكم الشقاق وكان لابد من الفراق بينهما كان التسريح بالاحسان بمعنى أن يطلقها الثالثة واعطائها مستحقاتها من مؤجل الصداق أو المتعة وغير ذلك مما يتفقان عليه ، ومن هنا ثبتت الطلقات الثلاث ، وأما قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ليست هي الثالثة وإنما المراد من ذكرها عقب حكم افتدائها نفسها كأنه يريد أن يقول إن سرحها بإحسان فطلقت أو فطلقها فلا تحل بدليل أن الفاء تفيد الترتيب والتعقيب من غير تراخ ، فإن قيل ذكر حكم الخلع بينهما يعتبر فاصلا نقول بأنه لا يعتبر فاصلا لأن حكم الخلع طلقة واحدة وكفى ، فذكر بعدها ما يترتب على الطلقة الثالثة التي هي التسريح بالإحسان وهذا ما قال به ابن جزى في التسهيل (١) ولما روى عن أنس رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إني أسمع الله يقول « الطلاق مرتان » فأين الثالثة ، فقال عليه الصلاة والسلام « إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان صحيحة ابن القطان وبرهن عليه (٢) .

هذا ما تدل عليه الآية الكريمة بعبارتها ، وأما بطريق دلالة الإشارة فإنها

---

(١) التسهيل لعلوم التنزيل حـ ١ ص ٨٢ ، ابن كثير حـ ١ ص ٤٠٠ ط الشعب .

(٢) وهذا الحديث صححه ابن القطان - قال الدارقطني الصواب إرساله ونقول إن المرسل يعتبر حجة إذا توافرت فيه ستة أمور :

١ - موافقته لقول الصحابة .　　٢ - موافقته لفتوى أهل العلم .

٣ - موافقته القياس　　٤ - موافقته لعلم أهل العصر .

٥ - سند جاء من وجه آخر صحيح أو حسن .

٦ - مرسل آخر أرسله من روى عن غير شيوخ روى المرسل الأول بحيث يظن عدم إتحادهم بصحيح مصطلح الحديث المؤلف حـ ٢٥ .

تشير إلى أن عدد الطلقات ثلاث بالنسبة للحر إن كان متزوجا حرة ، فإن كان الحر متزوجا أمة ، أو كان العبد متزوجا حرة ، فهل يملك الزوج فى الصورتين ثلاث طلقات ؟ إنه من المقرر أن حقوق العبد وتبعاته فى كثير من الأحوال على النصف من حقوق الحر وتبعاته، فإن كان عبد متزوجا أمة ملك عليها طلقتين لأن ما يملكه هو نصف ما يملك الحر ، والطلقة لا تتجزأ ، فيملك طلقتين ، أما الصورتان الأخريان ، فقد كانتا موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم فالحنفية اعتبروا التنصيف بالنسبة للزوجة ، فان كانت الزوجة أمة والزوج حر ملك عليها طلقتين ، وكذلك العبد إذا كان متزوجا بحرة كانت لا تبين منه إلا بثلاث تطليقات .

وعند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم : إن التنصيف يعتبر بالنسبة للرجل ، ولذلك يملك الحر على زوجته حرة كانت أو أمة ثلاث تطليقات ، وأما العبد فلا يملك إلا تطليقتين (١) .

واستدل الحنفية بقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » أى لإظهار عدتهن ، فتكون الطلقات على عدد الأطهار ، وأطهار الحرة فى العدة ثلاثة ، والامة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحر لو ملك على الامة ، ثلاثة ، والامة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحر لو ملك على الامة ثلاثا لملك تفريقهن على أوقات السنة ، ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الامة ثنتان ، وعدتها حيضتان » (٢) وأما قوله عليه الصلاة والسلام الطلاق

---

(١) كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار جـ ٢ ص ٨٩ .
(٢) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٧٢ .

بالرجال والعدة بالنساء ،(١) فمعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجل كما أن العدة بالنساء ،وأما قوله عليه الصلاة والسلام لا يطلق العبد أكثر من اثنتين يعنى زوجته الأمة ، توفيقا بين الاحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوج الأمة فخرج مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة فى حقها ، والرق مؤثر فى تنصيف النعم فوجب أن يعتبر برقها (٢) .

وبهـذا قال الحسن وابن سيرين وقتادة وابراهيم ، والشعبى وعكرمة ، ومجاهد ، والثورى والحسن بن حيى (٣) ، وهذا رأى ابن مسعود ومعه كثير من الصحابة يعتد برأيهم ويلتفت لقولهم .

واستدل الجمهور على أن الحر يملك على زوجته حـرة كانت أو أمة ثلاث تطليقات ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال إن الله يقول الطلاق مرتان، فأين الثالثة ، فقال عليه الصلاة والسلام إمساك بمعروف أو تسريح باحسان ، صححه ابن القطان وبرهن عليه وقال الدار قطنى الصواب إرساله، وبهذا فسرت عائشة وابن عباس رضى الله عنهم وقيل الثلاثة فى قوله تعالى ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، الآية ولأنه حق خالص الزوج فلا يختلف بالرق والحرية ، فكان كعدد الزوجات ، وأما العبد فلا يملك إلا تطليقتين لقوله عليه الصلاة والسلام ، طلاق العبد ثنتان ، (٤) .

ويروى عـن مالك والشافعى أن مكاتبا لأم سلمه طلق حـرة طلقتين وأراد

---

(١) أنظر نيل الأوطار حـ ٦ ص ٢٦٩ الطبعة الأخيرة .
(٢) الاختيار فى تعليل المختار حـ ٣ ص ١٧٦ .
(٣) زاد المعاد حـ ٤ ص ٦٤ .
(٤) راجع كفاية الأخيار حـ ٢ ص ٨٩ .

فسأل عثمان ومعه زيد بن ثابت رضى الله عنهما فابتدراه وقالا. حرمت عليك[١]
وروى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا طلق العبد امرأته
تطليقتين ، فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ، حرة كانت أو أمة وعدة
الحرة ثلاث حيض ، وعدة الأمة حيضان [٢].

— وهناك قول ثالث : لعثمان البتى إن كان الزوجين بهما رق كان الطلاق
بسبب الرق اثنتين[٣]، أى إن كان تحت العبد أمه وطلقت فطلاقها ثنتين وعدتها
حيضان ، وإن كانت تحته حرة فطلاقها ثنتين وعدتها ثلاث حيض ، وإن كان
تحت الحر أمه فطلاقها ثنتين وعدتها حيضان .

واستدل عثمان البتى بما روى حماد بن سلمة عن عبد الله بن عمر عن نافع عن
ابن عمر رضى الله عنهما قال الحر يطلق الأمة تطليقتين وتعتد بحيضتين والعبد
يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاث حيض وهذا الأثر المروى عن ابن عمر يحتمل
أن يكون حديثا ولكن الرأى نفسه يعد غريبا بالنسبة للرأيين السابقين لأن
الأحناف يقولون فى قاعدتهم المطردة الطلاق والعدة بالنساء والجمهور ينصفون
القاعدة فيجعلون الطلاق بالرجال لأنهم الموقعون له والعدة بالنساء ولكن هذا
الرأى لا تطرد له قاعدة .

وأما أهل الظاهر لم يفرقوا بين طلاق الحرة وطلاق الأمة بل جعلوا طلاقها
متساوياً فللأمة لها ثلاث طلقات كالحرة لا فرق بين ما إذا كان الزوج حراً أو

---

(١) موطأ مالك ص ٣٥٥ .
(٢) الموطأ ص ٣٥٥ .
(٣) زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ٦٤ - المحلى ص ٢٣٣ .
(٤) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٠ .

عبداً حيث قالوا « وطلاق العبد لزوجته الأمة أو الحرة وطلاق الحر لزوجته الأمة أو الحرة كل ذلك سواء لا تحرم واحدة ممن ذكرنا على مطلق إلا بثلاث تطليقات مجموعة أو مفرقة لا بأقل أصلا دليل ذلك قول الله عز وجل « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» وقال تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » وقال تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » فسوى تعالى بين طلاق كل ناكح من حر أو عبد أو عربي أو عجمي أو مريض أو صحيح « وما كان ربك نسيا » ولو أراد الله أن يفرق بين شيء من ذلك لما أهمله ولا أغفله ولا غشنا بكتمانه ولبينه لنا على لسان رسوله ﷺ فاذا لم يفعل ذلك فوالله ما أراد الله قط فرقاً بين شيء من ذلك (١)

ولم يكتف ابن حزم بهذه الاستدلالات على التسوية بين الحرة والأمة في عدد الطلقات بل إنبرى للرد على سائر المخالفين له سواء كان من ناحية المنقول أو المعقول . وقال أبو محمد الآثار التي استدل بها الجمهور ساقطة لأن أحدهما من طريق مظاهر ابن أسلم وهو ضعيف وفي الثاني عمر بن شبيب المسلي وعطية وهما ضعيفان ضعف مظاهر أبو عاصم الذي روى عنه البخاري، وضعف عطية سفيان الثوري وأحمد بن حنبل ، وضعف عمر بن شبيب ابن معين والساجي فسقط التعلق بهما ، وأما قياسهم الطلاق على القذف والزنا والعدة فهلا قاسوه على ما اتفق عليه جميع أهل الإسلام من أن عدة الأمة الحامل بوضع الحمل كعدة الحرة ومن حد العبد والأمة في القطع لو سرقا القطع وفي الحرابة كل ذلك سواء كالحر والحرة ، لا سيما والحنفية يقولون أن أجل العبد العنين من زوجة الأمة والحرة كأجل الحر وصيام العبد في الظهار كصيام الحر ، وفي كفارة اليمين

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٠ .

كذلك فبطل هذا القول ، ثم نظرنا فيما احتج بة الجمهور فوجدنا ما رويناه من عبد الرزاق حدثنا ابن جريج قال كتب إلى عبد الله بن زياد بن سمعان أن عبد الله ابن عبد الرحمن الانصارى أخبره عن نافع عن أم سلمه أم المؤمنين أن غلاما لها طلق امرأة له حره تطليقتين فاستفتت أم سلمه النبي ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وقالوا لما كان حد العبد نصف حد الحر وجب أن يكون طلاقه نصف طلاق الحر .

ويقال لما لا يقاس طلاق العبد على الايلاء وقد جعل الشافعى إيلاء العبد كإيلاء الحر ، وقد أباح له مالك بالزواج بأربع كالحر ، وكل هذا يؤيد أن العبد كالحر فى عدد الطلقات الثابتة له (١) .

واقول إن ما قال به الظاهرية هو الأولى والأرجح فى نظرنا لعدة أسبابه:

أولا : أنهم قد استدلوا بأدلة من الكتاب سوت بين العبد والحر دونما تفرقة بينهما ، فإن قيل بأن الأدلة عامة فدلالة العام قطعية عند الاحناف وما دامت الدلالة قطعية فالتفرقة تعد تحكما .

ثانيا : إن الآثار المروية للاستدلال تطرق إليها الوهن من ناحية اسنادها وضعف الإسناد ربما أدى إلى اسقاط المتن لا سيما وأن طرقها وإن اختلفت لم يخل طريق من تضعيف ، فإن قيل ان الحديث الضعيف يعتبر حجة اذا لم يكن غيره فى الباب قلنا أنه تبنى عليه أحكام لها من الخطورة ما لها من إثبات النفقة والسكنى وانتهاء الزوجية ، وهذه يحتاط فيها ما لا يحتاط فى غيرها، والاحتياط فيها أن تثبت أدلتها من الكتاب أو من سنة لم يثبت ضعفها .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٤ ص ٢٣٤ .

ثالثاً : إن الأقيسة التي استندوا اليها عورضت بأقيسة أقوى بل أولى لتشهم لانبيا وأن العبد كالحر في سائر التكاليف الشرعية من صلاة وصيام وحج وغير ذلك فلا ينبغي التفرقة في عدد الطلقات .

رابعاً : في نظري أن الاختلاف القائم بين العلماء هو في الطلاق أعني في عدده بالنسبة للعبد أو للأمة وليس في العدة ، لأن العدة من حق النساء لأنهن اللاتي يقمن بالعدة ، أما الطلاق فهو محل الخلاف هل هو بالنساء ، أو بالرجال والذي يترجح لدينا إن الطلاق بالرجال لأنهم الموقعون له وأما النساء فإنهن محلا لإيقاعه وما دام الامر كذلك وثبت أن الوقوع بيد الرجال لا مانع من جعل العبد كالحر لا سيما وأن الاسلام يحارب الرق ويريد أن يمنعه بشتى الوسائل .

أما عن تجزئة الطلاق بمعنى أننا لسنا بصدد إيقاع الطلقات متفرقات بل لو نطق المطلق فقال لزوجته أنت طالق نصف تطليقة أو ثلثي تطليقة أو ثلثها أو ربعها أو ثمنها أو نطق بجزء ما مقدر كما سبق أو غير مقدر كما لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة كانت تطليقة كاملة لأنه لو نطق بجزء ما من الطلقة اكتمل هذا الجزء حتى صار طلقة .

لأن ما لا يقبل التبعيض إختيار بعضه كاختيار كله (١) .

ولو قال أنت طالق نصف طلقتين ، طلقت واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعي وجه آخر ، أنه يقع طلقتان لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل ، ووقوعه طلقه أولى لأن التنصيف

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٠ .

يتحقق به وفيه عمل باليقين والغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة ، وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان ، لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين - وان قال أنت طـــالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين ، لأن نصفها طلقة ونصف ، ثم يكمل النصف فتصير طلقتين (١) .

ولو قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة يقع ثلاث لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة ، فإن أهل العربية قالوا اذا ذكر لفظ ثم أعيد منكرا فالثاني غير الأول ، وإن أعيد معرفا بالألف واللام فالثاني هو الاول كقوله تعالى « فإن مع العسر يسراً إن مع العسر يسرا (٢) » فالعسر الثاني هو الأول لإعادته معرفاً واليسر الثاني غير الأول لإعادته منكر ولهذا قيل ولن يغلب عسر يسرين ، وقيل لو أراد بالثانية الأولى لذكرها بالضمير ، لأنه الاولى .

بخلاف مـا لو قال أنت طالق ثلث طلقة سدس طلقة نصف طلقـة طلقت طلقة لأنه لم يعطف بواو العطف فيدل على أن هذه الاجزاء من طلقة غـــير متغايرة ولأنه يكون الثاني هنا بدلا من الاول والثالث من الثاني والبدل هو عين المبدل منه أو بعضه ، فلم يقتض المغايرة .

---

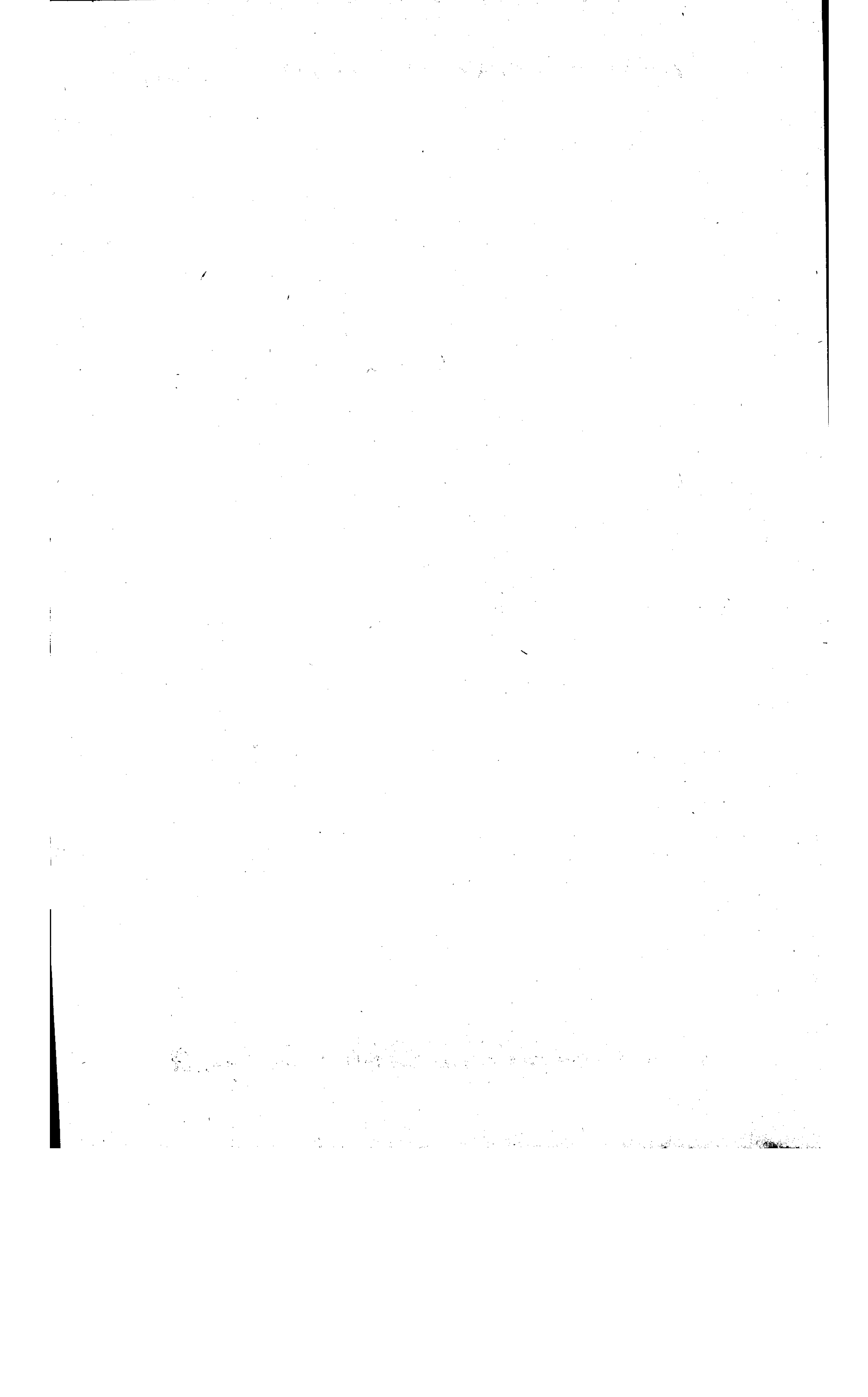
(١) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٤٣ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٨٠ مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) سورة الانشراح الآية رقم ٥ ، ٦ .

ذكر أجزاء تزيد من الواحد الصحيح :

لو قال أنت طالق نصفا وثلثا وربعا طلقت طلقتين لأنه يزيد عن الطلقة نصف سدس ثم يكمل ، وان أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاث ، وان قال لها طلقة أو أنت نصف طلقة أو إنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة (١) .

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٤٤ .



الباب الثالث

الركن الثالث « النية أو القصد »

أولا : تعريف النية فى اللغة والاصطلاح :

والنية فى اللغة : القصد ، والاسم النية والتخفيف لغة حكاها الازهرى وكأنه حذفت اللام وعوض عنها الهاء على هذه اللغة كما قيل فى ثبة وظبة وأنشد بعضهم :

أصم القلب حوشى النيات ... وفى الحكم النية مثقلة والتخفيف

عن اللحيانى وحده وهو على الحذف ثم خصت النية فى غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر من الأمور والنية الأمر والوجه الذى تنويه [1] والقصد فى اللغة : وهو قصد الشىء وله وإليه قصداً من باب ضرب طلبته بعينه وإليه قصدى ومقصدى بفتح الصاد واسم المكان بكسرها نحو مقصد معين [2] .

والنية فى الإصطلاح - هى قصد الشىء مقترنا بفعله .

واعلم أن النية والارادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران : علم وعمل العلم يقدمه لأنه أصله وشرطه والعمل يتبعه لأن ثمرته وفرعه وذلك لأن كل عمل أعنى كل حركة وسكون اختيارى فانه لايتم إلا بثلاثة أمور : علم وإرادة

---

(١) المصباح المنير جـ ٢ ص ٩٧٧ ط دار المعارف .
(٢) المصباح المنير جـ ٢ ص ٧٧٦ .

وقدرة لأنه لا يريد الانسان مالا يعلمه فلابد وأن يعلم ولا يعمل مالم يرد فلابد من إرادة ومعنى الارادة انبعاث القلب إلى مايراه موافقا للغرض إما فى الحال أو فى المآل فقد خلق الانسان بحيث يوافقه بعض الأمور ويلائم غرضه ويخالفه بعض الأمور فيحتاج إلى جلب الملائم الموافق إلى نفسه ودفع المضار المنافى عن نفسه فافتقر بالضرورة إلى معرفة وإدراك للشىء المضر والنافع حتى يجلب هذا ويهرب من هذا فان من لا يبصر الغذاء ولا يعرفه لا يمكنه أن يتناول ومن لا يبصر النار لا يمكنه الهرب منها فخلق الله الهداية والمعرفة وجعل لها أسبابا وهى الحواس الظاهرة والباطنة .

وليس ذلك من غرضنا ثم لو أبصر الغذاء وعرف أنه موافق له فلا يكفيه ذلك التناول مالم يكن فيه ميل إليه ورغبة فيه وشهوة له باعثة عليه إذ المريض يرى الغذا ويعلم أنه موافق ولا يمكنه التناول لعدم الرغبة والميل ولفقد الداعية المحركة إليه فخلق الله تعالى له الميل والرغبة والإرادة وأعنى به فروعا فى نفسه اليه وتوجها فى قلبه اليه ثم ذلك لا يكفيه فكم من مشاهد طعاما راغب فيه مريد تناوله عاجز عنه لكونه زمنا فخلقت له القدره والاعضاء المتحركه حتى يتم به التناول والعضو لا يتحرك الا بالقدرة والقدرة تنتظر الداعية الباعثة والداعية تنتظر العلم والمعرفة أو الظن والاعتقاد وهو أن يقوى فى نفسه كون الشىء موافقا له فإذا جزمت المعرفة بأن الشىء موافق ولا بد وأن يفعل وسلمت عن معارضة باعث آخر صارف عنه انبعثت الإرادة وتحقق الميل فاذا انبعثت الارادة انتهضت القدرة لتحريك الأعضاء فالقدرة خادمة للارادة والارادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهى الارادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل الى ما هو موافق للغرض اما فى الحال واما فى المآل فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب

وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصد المنوى والانبعاث هو القصد والنية وانتهاض القدرة لخدمة الإرادة بتحرك الأعضاء هو العمل إلا أن انتهاض القدرة للعمل قد يكون بباعث واحد وقد يكون بباعثين إجتمعا فى فعل واحد وإذا كان بباعثين فقد يكون كل واحد بحيث لو إنفرد لكان مليا بانهاض القدرة وقد يكون كل واحد قاصرا عنه إلا بالاجتماع وقد يكون أحدهما كافيا لولا الآخر لكن الآخر انتهض عاضدا له ومعاونا فيخرج من هذا القسم أربعة أقسام فلنذكر لكل واحد منها مثالا وإسما :

(الأول) فهو أن ينفرد الباعث الواحد ويتجرد كما إذا هجم على الانسان سبع فكلما رآه قام من موضعه فلا مزعج له إلا غرض الهرب من السبع فانه رأى السبع وعرفه ضاراً فانبعثت نفسه إلى الهرب ورغبت فيه فانتهضت القدرة عاملة بمقتضى الانبعاث فيقال نية الفرار من السبع لانية له فى القيام لغيره وهذه النية تسمى خالصة ويسمى العمل بموجبها إخلاصا بالإضافة إلى الغرض الباعث ومعناه أنه خلص عن مشاركة غيره وممازجته .

(الثانى) وهو أن يجتمع باعثان كل واحد مستقل بالانهاض لو انفرد ومثاله من المحسوس أن يتعاون رجلان على حمل شىء بمقدار من القوة كان كافيا فى الحمل لو إنفرد ومثاله فى غرضنا أن يسأله قريبه الفقير حاجة فيقضيها لفقره وقرابته وعلم أنه لولا فقره لكان يقضيها بمجرد القرابة وأنه لولا قرابته لكان يقضيها بمجرد الفقر وعلم ذلك من نفسه بانه يحضره قريب غنى فيرغب فى قضاء حاجته وفقير أجنبى فيرغب أيضا فيه وكذلك من أمره الطبيب بترك الطعام ودخل عليه يوم عرفه فصام وهو يعلم أنه لو لم يكن يوم عرفه لكان يترك الطعام حمية ولولا الحمية لكان يتركه لاجل أنه يوم عرفه وقد إجتمعا جميعا

فأقدم على الفعل وكان الباعث الثانى رفيق الأول فلنسم هذا مرافقة البواعث .

(الثالث) أن لايستقل كل واحد لو انفرد ولكن قوى بمجموعها على إنهاض القدرة ومثاله فى المحسوس أن يتعاون ضعيفان على حمل ما لا ينفرد أحدهما به ومثاله فى غرضنا أن يقصده قريبه الغنى فيطلب درهما فلا يعطيه ويقصده الأجنبى الفقير فيطلب درهما فلا يعطيه ثم يقصده القريب الفقير فيعطيه فيكون انبعاث داعيته بمجموع الباعثين وهو القرابة والفقر وكذلك الرجل يتصدق بين يدى الناس لغرض الثواب ولغرض الثناء ويكون بحيث لو كان منفردا لكان لايبعثه مجرد قصد الثواب على العطاء ولو كان الطالب فاسقا لا ثواب فى التصدق عليه لكان لا يبعثه مجرد الرياء على العطاء ولو إجتمعا أورثا بمجموعها تحريك القلب ولنسم هذا الجنس مشاركة .

(الرابع) أن يكون أحد الباعثين مستقلا لو إنفرد بنفسه والثانى لايستقل ولكن لما إنضاف اليه لم ينفك عن تأثير بالاعانة والتسهيل ، ومثاله فى المحسوس أن يعاون الضعيف الرجل القوى على الحمل ولو انفرد القوى لاستقل ولو انفرد الضعيف لم يستقل فان ذلك بالجملة يسهل العمل ويؤثر فى تخفيفه وكذلك أن يكون للانسان ورد فى الصلاة وعادة فى الصدقات فاتفق أن حضر فى وقتها جماعة من الناس فصار الفعل أخف عليه بسبب مشاهدتهم وعلم من نفسه أنه لو كان منفردا خاليا لم يفتر عن عمله وعلم أن عمله لو لم يكن طاعة لم يكن مجرد الرياء يحمله عليه فهو شوب تطرق إلى النية ولنسم هذا الجنس المعاونة فالباعث الثانى اما أن يكون رفيقا أو شريكا أو معينا .

ثانيا : فضيلة النية :

قال عز وجل « ولا تطرد الذين يدعون ربهم بالغداة والعشى يريدون

وجهه (١) والمراد بتلك الإرادة هي النية ، وقال ﷺ « انما الاعمال بالنيات ولكل أمرىء ما نوى فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ومن كانت هجرته الى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر اليه»(٢) وقال ﷺ « أكثر شهداء أمتي أصحاب الفرش ورب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته (٣) . وقال تعالى « ان يريدا اصلاحا يفوق الله بينهما » فجعل النية سبب التوفيق ، وقال ﷺ « ان الله تعالى لا ينظر إلى صوركم وأموالكم وانما ينظر الى قلوبكم وأعمالكم » وانما نظر الى القلوب لأنها مظنة النية . وقال ﷺ ان العبد ليعمل أعمالا حسنة فتصعد الملائكة في صحف مختمة فتلقى بين يدي الله تعالا فيقول ألقوا هذه الصحيفة فإنه لم يرد بمـــا فيها وجهي ثم ينادي الملائكة أكتبوا له كذا وكذا اكتبوا له كذا وكذا فيقولون يا ربنا إنه لم يعمل شيئا من ذلك فيقول الله تعالى انه نواه (٤) .

وقال ﷺ « الناس أربعة رجل أتاه الله عز وجل علما ومالا فهو يعمل بعلمه في ماله فيقول رجل لو آتاني الله تعالى مثل ما آتاه لعملت كما يعمل فهما في الأجر سواء ورجل آتاه الله تعالى مالا ولم يؤته علما فهو يتخبط بجهله في ماله فيقول رجل لو آتاني الله مثـــل ما آتاه عملت كما يعمل فهما في الوزر سواء (٥) ، ألا ترى كيف شركه بالنية في محاسن عمله ومساويه وكذلك في

---

(١) سورة

(٢) رواه الامام أحمد من حديث ابن مسعود وفيه عبد الله بن لهيعة .

(٣) حديث مسلم من حديث أبي هريرة وقد تقدم .

(٤) رواه الدار قطني من حديث أنس باسناد حسن .

(٥) سنن ابن ماجه من حديث ابن كبشة الإغاري بسند جيد وقال حديث حسن صحيح ج ٢ ص ٥٦٠ .

حديث أنس بن مالك لما خرج رسول الله ﷺ فى غزوة تبوك قال : « إن بالمدينة أقواماً ما قطعنا وادياً ولا وطئنا موطئاً يغيظ الكفار ولا أنفقنا نفقة ولا أصابتنا مخمصة إلا شاركونا فى ذلك وهم بالمدينة قالوا وكيف ذلك يارسول الله وليسوا معنا قال حبسهم العذر فشاركوا بحسن النية (١) .

وفى حديث ابن مسعود من هاجر يبتغى شيئاً فهو له فهاجر رجل فتزوج امرأة منا فكان يسمى مهاجر أم قيس (٢) ، وعن جابر عن رسول الله ﷺ أنه قال يبعث كل عبد على ما مات عليه » (٣) .

وأما الآثار : فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أفضل الأعمال أداء ما افترض الله تعالى والورع عما حرم الله تعالى وصدق النية فيما عند الله تعالى، وكتب سالم ابن عبد الله الى عمر بن عبد العزيز اعلم أن عون الله تعالى للعبد على قدر النية فمن تمت نيته تم عون الله له ، وان انقصت نقص بقدره . وقال بعض السلف ، رب عمل صغير تعظمه النية ورب عمل كبير تصغره النية . وقال داود الطائى البر همته التقوى فلو تعلقت جميع جوارحه بالدنيا لردته نيته يوما الى نية صالحة ، وكذلك الجاهل بعكس ذلك ، وقال الثورى : كانوا يتعلمون النيـــة للعمل كما تتعلمون العمل . وقال بعض العلماء : أطلب النية للعمل قبل العمل وما دمت تنوى الخير فأنت بخير، وكان بعض المريدين يطوف على العلماء يقول من يدلنى على عمل لا أزال فيه عاملا لله تعـالى فإنى لا أحب أن يأتى عـلى ساعة من ليـل أو نهار إلا وأنا عامل من عمال الله فقيل له قـــد وجدت حاجتك

---

(١) رواه البخارى وأبو داود من حديث أنس .
(٢) رواه الطبرانى باسناد جيد .
(٣) صحيح مسلم عن جابر .

فاعمل الخـــير ما استطعت فاذا فترت أو تركته فهم بعمله فان الهام بعمل الخير كعامله .

وكذلك قال بعض السلف : ان نعمة الله عليكم أكثر من أن تحصوها وان ذنوبكم أخفى من أن تعلموها ولكن أصبحوا توابين وأمسوا توابين يغفر لكم ما بين ذلك .

وقال عيسى عليه السلام : طوبى لعين نامت ولا تهم بمعصية وانتبهت الى غير إثم ، وقال أبو هريرة : يبعثون يوم القيامة على قدر نياتهم ، وكان الفضل بن عياض إذا قرأ - ولنبلونكم حتى نعلم المجاهدين منكم والصابرين ونبلو أخباركم - يبكي ويرددها ويقول : انك ان بلوتنا فضحتنا وهتكت أستارنا . وقال الحسن: انما خلد أهل الجنة فى الجنة وأهل النار فى النـار بالنيات . وقال أبو هريرة : مكتوب فى التوراة ما أريد به وجهى فقليله كثير وما أريد به غـيرى فكثيره قليل (١) .

ثالثا : « وقت النيـة » :

الأصل أن وقتها أول العبادات ونحوها ، وأن مـا أوله من العبادات ذكر وجب اقترانها بكل اللفظ . وقيل : يكفى بأوله . فمن ذلك الصلاة ، ومعنى اقترانها بكل التكبير : أن يوجد جميع النية المعتبرة عند كل حرف منه ، ومعنى الاكتفاء بأوله : أنه لا يجب استصحابها الى آخره واختاره الإمام الغزالى ، ونظير ذلك : نية كناية الطلاق : وفيها الوجهان . قال فى المنهاج . وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ ، وقيل ، يكفى بأوله ، ورجح فى أصـــل الروضة

---

(١) احياء علوم الدين ج ٤ ص ٣٥٣ .

خلافهما ، ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره ، أو عكسه طلقت فى الأصح والذى فى الشرح نقل ترجيح الوقوع فى اقترانها بأوله عن الامام والغزالى .

قال : وسكتنا عن الترجيح فى اقترانها بآخره خاصة ، وهو يشعر بأنهما رأيا فيه البطلان . وفى الشرح الصغير فى الأولى الأظهر الوقوع ، وميل الإمام فى الثانية الى ترجيح عدمه، ثم حكى الرافعى عن المتولى أنه قرب الخلاف فى الأولى من الخلاف فيما إذا اقترنت نية الصلاة بأول التكبير ، دون آخره ، والخلاف فى الثانية من الخلاف فى نية الجمع فى أثناء الصلاة ، قال الرافعى : وقضية أنه اذا كان الوقوع فى أولى أظهر ، ففى الثانية أولى ، لأن الأظهر فى اقتران النية بأول التكبير عدم الانعقاد ، وفى الجمع الصحة ، وهذا هو الذى حمل النووى على تصحيح الوقوع فيهما .

وهنا دقيقة : وهو أن الرافعى مثل اقترانها بأوله دون آخره ، بأن توجد عند قوله « أنت » ، وقال فى المهمات : المعتبر اقترانها بلفظ الكناية ، اما كله واما بعضه ، لأن القصد منها تفسير إرادة الطلاق به ، فلا عبرة باقترانها بلفظ «أنت» قال : وقد صرح بهذا البندنيجى والماوردى وغيرهما .

ونظير ذلك فى الصلاة أن يقال المعتبر اقترانها باللفظ الذى يتوقف الانعقاد عليه وهو « الله أكبر » فلو قال ، الله الجليل أكبر ، فهل يجب اقترانها بالجليل ؟ محل نظر ، ولم أرى من ذكره ، وفى الكواكب الاسنوى ، إذا كتب : زوجتى طالق ، ونوى وقع الطلاق فى الأصح ، قال : والقياس اشتراط النية فى جميع اللفظ الذى لا بد منه ، لا فى لفظ الطلاق خاصة ، لأنا إنما اشترطنا النية فيه لكونه غير ملفوظ به ، لا لإنتفاء الصراحة فيه ، وهذا المعنى موجود فى الجميع ، وحينئذ فينوى الزوجة حين يكتب « زوجتى » والطلاق حين يكتب « طالق »

انتهى . ونظير ذلك كنايات البيع وسائر العقود ، قال في الخادم : سكتوا عن وقتها ويحتمل أن يأتي فيها ما في الطلاق ، ويحتمل المنع واشتراط وجودها في جميع اللفظ ويفرق بأن الطلاق مستقل بنفسه بخلاف البيع ونحوه (١) .

رابعا : على النية :

محلها القلب في كل موضع ، لأن حقيقتها القصد مطلقا . وقيل : المقارن للفعل وذلك عبارة عن فعل القلب ، قال البيضاوي : النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضر ، حالا أو مآلا ، والشرع خصصه بالارادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى ، وامتثال حكمه .

والحاصل هنا أصلين . الأول : أنه لا يكفى التلفظ باللسان دونه . والثاني أنه لا يشترط مع القلب التلفظ .

(أما الأول) فن فروعه : لو اختلف اللسان والقلب ، فالعبرة بما في القلب فلو نوى بقلبه الوضوء وبلسانه التبرد ، صح الوضوء ، أو عكسه فلا ، وكذا لو نوى بقلبه الظهر وبلسانه العصر أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة أو عكسه صح له ما في القلب ، ومنها ان سبق لسانه الى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ، ولا يتعلق به كفارة ، أو قصد الحلف على شيء سبق لسانه الى غيره ، هذا في الحلف بالله ، فلو جرى مثل ذلك في الايلاء أو الطلاق أو العتاق ، لم يتعلق به شيء باطنا ، ويدين ، ولا يقبل في الظاهر لتعلق حق الغير به . وذكر الإمام في الفرق : أن العادة جرت باجراء ألفاظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق فدعواه فية تخالف الظاهر فلا يقبل .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥ ط الأخيرة .

وفى البحر : أن الشافعى نص فى البويطى على أن من صرح بالطلاق أو الظهار أو العتاق ولم يكن له نية ، لا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى طلاق ولا ظهار ولا عتق ومنها أن يقصد لفظ الطلاق أو العتق دون معناه الشرعى ، بل يقصد معنى له آخر أو يقصد ضم شىء اليه يبلغ حكمه ، وفيه فروع بعضها يقبل فيه ، وبعضها لا ، وكلها لاتقتضى الوقوع فى نفس الأمر ، لفقد القصد القلبى .

قال الفورانى فى الإبانة : الأصل أن كل من أفصح بشىء وقبل منه ، فاذا نواه قبل فيما بينه وبين الله تعالى دون الحكم ، وقال نحوه القاضى حسين والبغوى (١) ، وهذه أمثلته : قال أنت طالق ، ثم قال : أردت من وثاق ، ولا قرينة ، كأن كانت مربوطة فحلها ، وقال ذلك ، قبل ظاهراً . مر بعبد له على مكاس ، فطالبه مكسه ، فقال : إن حر وليس بعبد وقصد التخلص لا العتق لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى فتاوى الغزالى قال الرافعى : وهو يشير الى أنه لايقبل ظاهرا . قال فى المهمات : وقياس مسألة الوثاق ، أن يقبل ، لأن مطالبة المكاس قرينة ظاهرة فى إرادة صرف اللفظ عن ظاهره . ورد بأنه ليس قرينة دالة على ذلك وإنما نظير مسألة الوثاق ، أن يقال له : أمتك بغى ، فيقول : بل حرة ، فهو قرينه ظاهرة على ارادة العفة لا العتق انتهى .

وفى البسيط أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئاً فلم يعطوه ، فقال متضجراً منهم طلقتكم ثلاثا ، وكانت زوجته فيهم ، وهو لا يعلم . فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق ، قال الغزالى وفى القلب منه شىء . قال الرافعى : ولك

---

(١) المرجع السابق ص ٣٠ .

أن تقول ينبغى أن لا تطلق ، لأن قوله « خلقتكم » لفظ عام ، وهو لا يقبل الاستثناء بالنية ، كما لو حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قـــوم هو فيهم ، واستثناه بقلبه لم يحنث ، وإذا لم يعلم أن زوجته فى القوم كان مقصوده غـيرها وقال النووى ما قاله الإمـام والرافعى عجيب ، أمـا العجيب من الرافعى فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ، لأن هناك علم به واستثناه وهنـا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضى الجمع إلا ما أخرجه ولم يخرجها .

وأما العجب من الإمام فلأن الشرط قصد لفظ الطلاق بمـعنى الطلاق ، ولا يكفى قصد لفظ من غير قصد معناه ، ومعلوم أن الواعظ لم يقصد معنى الطلاق فينبغى أن لا تطلق لذلك لما ذكره الرافعى ، وقال البلقينى فتـح الله بتخريجين آخرين ، يقتضيان عدم وقوع الطلاق : أحدهما أن يخرج ذلك على من حلف لا يسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم وهو لا يعلم أنه فيهم ، والمذهب أنه لا يحنث ، وهذا غير مسألة الرافعى التى قاس عليها ، فانه هنـاك علم ، واستثنى وهنا لم يعلم أصلا .

الثانى : أن الطلاق لغة الهجر ، وشرعا حل قيد النكاح بوجـه مخصوص ، ولا يمكن حمل كلام الواعظ عـلى المشترك ، لأنه هنا متعذر ، لأن شرط حـمل المشترك على معنييه أن لا يتضادا ، فتعينت اللغوية ، وهو لا يفيد إيقاع الطلاق على زوجته ، بل لو صرح فقال طلقتكم وزوجتى ، لم يقع الطلاق عليها ، كما قالوه فى نساء العالمين طوالق وأنت يا فاطمة من جهـــة أنه عطف على نسوة لم تطلـق .

قال ياطالق وهو اسمها ، ولم يقصد الطلاق لم تطلق ، وكذا لو كان إسمهـا طارقا أو طالبا وقال قصدت النداء فالتف الحرف .

قال أنت طالق ثم قال . أردت إن شاء زيد أو إن دخلت الدار دين ولم يقبل ظاهراً .

قال كل امرأة لى طالق ، وقال أردت غير فلانة دين ، ولم يقبل ظاهراً إلا لقرينة بأن خاصمته وقالت تزوجت ، فقال ذلك وقال أردت غير المخاصمة ولو وقع ذلك فى اليمين قبل مطلقا ، كأن يحلف لا يكلم أحدا ويريد زيدا ، أو لا يأكل طعاما ويريد شيئاً معيناً ، قال أنت طالق ، ثم قال أردت غيرها فسبق لسانى إليها دين .

قال طلقتك ثم قال ، أردت إطلاقك دين ، قال أنت طالق إن كلمت زيداً ثم قال أردت إن كلمته شهراً ، قال الإمام الشافعى : أنه لا يقع الطلاق باطنا بعد الشهر . فلو كان فى الحلف بالله قبل ظاهراً أيضا .

قال أنت طالق ثلاثا للسنة . وقال نويت تفريقها على الأقراء ، دين ولم يقبل ظاهراً لأن اللفظ يقتضى وقوع الكل فى الحال إلا لقرينة ، بأن كان يعتقد تحريم الجمع فى قرء واحد ولو لم يقبل للسنة ، ففى المنهاج أنه كما لو قال . والذى فى الشرحين والمحرر أنه لا يقبل مطلقا ولا ممن يعتقد التحريم .

قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق وقال : أردت الاجنبية ، بخلاف ما لو قال عمرة طالق ، وهـــو اسم امرأته ، وقال أردت أجنبية ، فإنه يدين ولا يقبل (١) .

(وأما الأصل الثانى) وهو أنه لا يشترط مع نية القلب التلفظ فيه ، ففيه فروع كثيرة منها كل العبادات ولا داعى لذكرها لأنه ليس موضعها .

---

(١) ستأتى هذه المسائل بالتفصيل بعد ذلك فى موضعها .

خامسا : « شروط النية » :

« الشرط الأول » الإسلام : ومن ثم لم تصح العبادات من الكافر ، وقيل يصح غسله دون وضوئه وتيممه ، وقيل يصح الوضوء أيضا ، ومحل الخلاف فى الأصلى . أما المرتد فلا يصح منه غسل ولا غيره ، كذا قال الرافعى ، لكن فى شرح المهذب أن جماعة أجروا الخلاف فى المرتد ، وقد تقدم طلاق المشرك والمرتد وغيره .

« الشرط الثانى » التمييز : فلا تصح عبادة صبى لا يميز ، ولا مجنون ، وخرج عن ذلك الطفل يوضئه الولى للطواف حيث يحرم عنه ، والمجنون يغسلها الزوج عن الحيض وينوى على الأصح . ويدخل تحت هـــذا الشرط طلاق السكران والمجنون والمعتوه وطلاق الصبى وغيره كما تقدم ذكره .

« الشرط الثالث » العلم بالمنوى ، قال البغوى وغيره ، فمن جهل فريضة الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها وكذا لو علم أن بعض الصلاة فرض ولم يعلم فرضية التى شرع فيها ، وإن علم الفرضية وجهل الأركان ، فإن اعتقد الكل سنة أو البعض فرضا والبعض سنة ولم يميزها لم تصح قطعا ، أو الكل فرضا فوجهان أصحهما الصحة لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض وذلك لا يؤثر .

ومن فروع هذا الشرط : ما لو نطق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها . وقال قصدت بها معناها بالعربية ، فإنه لا يقع الطلاق فى الأصح وكـذا لو قال أعلم معناها ولكن لم أرد بها الطلاق وقطع النكاح فإنه لا يقع ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها وقال ، أردت الطلاق ، ونظـير ذلك لو قال ، أنت طالق طلقة فى طلقتين . وقال : أردت معناها عند أهل الحساب فإن عرفه وقع طلقتان ، ، إن

جهله فواحدة فى الأصح ، لأن ما لا يعلم معناه لا يصح قصده . ونظيره أيضا . أن يقول : طلقتك مثل ما طلق زيد ، وهو لا يدرى كم طلق زيد ، وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ .

« الشرط الرابع » ، أن لا يأتى بمناف . فلو إرتد فى أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل ، أو الوضوء أو الغسل لم يبطلا ، لأن أفعالها غير مرتبطة ببعضها ومثال ذلك عندنا الاستثناء فى الطلاق كما سيأتى .

سادسا : « النطق بالطلاق خلاف النيه »

وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء ، وجملة ذلك : أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب . (أحدها) ما لا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان ، أحدهما : ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا أو أنت طالق طلقة لا تلزمك أو لا تقع عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا بنيته لأنه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا فى اللغة بالإتفاق ، وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق .

(الضرب الثانى) مايقبل لفظا ولا يقبل نية لا فى حكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظا لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا ويستثنى بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فان اللفظ أقوى من النيه ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا اللفظ فى غير مايصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته ، وحكى عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بقلبه إلا فلانه

والفرق بينهما أن نسائى اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فإذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثا اسم عدد الثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ولايحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالايحتمله وإنما تعمل النية فى صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا فإنا لوعملنا به فيا لايحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لاتعمل فى نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائى الاربع طوالق أو قال لهن أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولايدين فيه لأنه عنى باللفظ مالايحتمل .

(الضرب الثالث) مايصح لفظا وإذا نواه دين فيا بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ فى مجازه مثل قوله نسائى طوالق يريد بعضهن أو ينوى بقوله طالق أى من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظا وجها واحدا لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيا بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله فى الخصوص وهذا سائغ فى اللغة شائع فى الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون بنيته منصرفا إلى ماأراده دون مالم يرده ، وهل يقبل فى الحكم يخرج على روايتين لأحمد وأصحابه :

(إحداهما) : يقبل . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق . وأراد بالثانية إفهامها . والثانية : لايقبل لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعى ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول نسائى طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن . فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه

النية ، ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل ، ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال قبل أن يقول : أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل إن دخلت الدار بعد شهر أو قال : إن دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقا بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين عند الحنابلة فى روايه إسحاق ابن ابراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهرا يقبل منه أو قال : إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته .

(الرواية الأخرى) ، لا تقبل فانه قال : إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى فى نفسه إلى سنة تطليق ليس ينظر إلى نيته ، وقال إذا قال أنت طالق وقال نويت إن دخلت الدار لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله فى القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله فى عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير ، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص [١] .

— (ويتفرع على ذلك إذا قالت له امرأة من نسائه طلقنى فقال نسائى طوالق ولا نية له طلقن، لأن لفظه عام ، وإن قالت له طلق نساءك فقال نسائى طوالق فكذلك. وحكى عن مالك أن السائلة لا تطلق فى هذه الصورة لأن الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها .

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٥٩ .

ودليل القول الأول : أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى فى الصورتين وقبل فى الحكم فى الصورة الثانية لأن خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل فى الصورة الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق فى صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضى يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص .

سابعاً : « الطلاق فى النفس » :

روى فى طلاق النفس ثلاثة أقوال :

« الأول » من طلق فى نفسه ليس بشىء روى ذلك عن وكيع وسفيان الثورى وابن جريج وعطاء ، وعمر بن دينار وأبى الشعثاء ، وعطاء وغيرهم من السلف وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر .

« الثانى » كما روى من طريق عبد الرازق عن معمر قال سئل عنها ابن سيرين فقال أليس قد علم الله ما فى نفسك قال بلى قال فلا أقول فيها شيئا فهذا توقف .

« الثالث » أنه طلاق روى عن الزهرى ورواه أشهب عن مالك .

دليل أصحاب القول الأول :

الخبر الثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال « عفى لأمتى عما حدثت به أنفسها

ما لم تخرجه بقول أو عمل » أو كما قال عليه الصلاة والسلام فصح أن حديث النفس ساقط ما لم ينطق به وكذلك العتق فى النفس والمراجعة فى النفس والهبة والصدقة فى النفس والاسلام فى النفس كل ذلك ليس بشىء وروى عن السلف بعض الأقوال منها ما روى من طريق وكيع عن سفيان الثورى عن ابن جريج عن عطاء قال إذا طلق فى نفسه ليس بشىء وبه إلى ابن جريج عن عمرو بن دينار عن أبى الشعثاء جابر بن زيد قال إذا طلق فى نفسه فليس بشىء ، ومن طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عطاء ليس طلاقه ولا عتاقه فى نفسه شيئاً ، قال ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أن رجلا طلق امرأته فى نفسه فانتزعت منه فقال جابر ابن زيد لقد ظلم ، وروى ذلك أيضا عن الشعبى ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن قتادة والحسن قالا جميعا : من طلق فى نفسه فليس طلاقه ذلك بشىء .

دليل أصحاب القول الثالث :

بحديث النبى ﷺ « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرىء ما نوى » وهذا الخبر حجة لأصحاب القول الأول على أصحاب القول الثالث لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ولا العمل على النية بل جمعهما جميعا ولم يوجب حكما بأحدهما دون الآخر ، وهكذا نقول أن من نوى الطلاق ولم يلفظ به أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا إلا حتى يلفظ به وينويه إلا أن يخص نص شيئا من الأحكام بالتزامة بنية دون عمل أو بعمل دون نية .

واحتجوا أيضا بأن قالوا انكم تقولون من المعتقد الكفر بقلبه فهو كافر وإن لم يلفظ به وتقولون إن المصر على المعاصى عاص آثم معاقب بذلك ، وتقولون إن من قذف محصنة فى نفسه فهو آثم ، ومن اعتقد عداوة مؤمن ظلما فهو عاص

لله عز وجل وإن لم يظهر ذلك بقول أو فعل ومن أعجب بعمله ورياء فهو هالك ، قلنا أما اعتقاد الكفر فإن القرآن قد جاء بذلك نصا قال تعالى (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم) فخرج هؤلاء بنصوص القرآن والسنن مما عفى عنه وأيضا فإن العفو عن حديث النفس إنما هو عن أمة محمد ﷺ فضيلة لهم بنص الخبر ، ومن أسر الكفر فليس من أمته عليه الصلاة والسلام فهو خارج عن هذه الفضيلة، وأما المصر على المعاصى فليس كما ظننتم صح عن النبى ﷺ أنه قال « من هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه » فصح أن المصر الآثم باصراره هو الذى عمل السيئة ثم أصر عليها ، فهذا جمع نية السوء والعمل السوء معا ، وأما من قذف محصنة فى نفسه فقد نهاه الله عز وجل عن الظن السوء وهذا ظن سوء فخرج مما عفى عنه بالنص ولا يحل أن يقاس عليه غيره فيخالف النص الثابت فى عفو الله عز وجل عن ذلك، وأما من اعتقد عداوة مسلم فإن لم يضر به بعمل ولا بكلام فإنما هو بغضية والبغضة التى لا يقدر المرء على صرفها عن نفسه لا يؤاخذ بها فإن تعمد ذلك فهو عاص لأنه مأمور بموالاة المسلم ومحبته فتعدى ما أمره الله تعالى به فلذلك أثم وهكذا الرياء والعجب قد صح النهى عنهما، ولم يأت نص قط بإلزام طلاق أو عتاق أو رجعة أو هبة أو صدقة بالنفس لم يلفظ بشىء من ذلك فوجب أنه كان لغو .

ثامنا « طلاق غير قاصد الطلاق » :

من طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بنية قضى عليه بالطلاق ، إن لم تقم عليه بنية لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق . برهان ذلك قول الله عز وجل « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن

ما تعمدت قلوبكم ، وقول رسول الله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » فصح أن لا عمل إلا بنية ولا نية إلا بعمل ، وأما إذا قامت بذلك بنية فإنه حق قد ثبت وهو فى قوله لم أنو الطلاق مدع بطلاق ذلك الحق الثابت فدعواه باطل ، روى من طريق وكيع على ابن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيثمة ابن عبد الرحمن قال :

قالت امـــرأة لزوجها سمنى فسماها الظبية قالت ما قلت شيئا قال فهات ما أسميك به قالت سمنى خلية طالق قال فأنت خلية طالق فأتت عمر ابن الخطاب فقالت أن زوجى طلقنى فجاء زوجها فقص عليـــه القصة فأوجع رأسها وقال لزوجها خذ بيدها وأوجع رأسها . أما مثل هذا فحتى لو قامت به بنية لم يكن طلاقا ، روى ذلك عن الظاهرية (١) وإياس بن معاوية ، وقال مالك إذا قال أنت طالق البتة وهو يريد أن يحلف على شىء ثم بدا له فترك اليمين فليست طالقا لأنه لم يرد أن يطلقها ، وهو قول الليث بن سعد .

وقال الشافعى ما غلب على المرء على لسانه بغير اختيار منه لذلك فهو كلا قول لا يلزمه به طلاق ولا غيره ، قال أبو حنيفة وأصحابه : من أراد أن يقول شيئا لامرأته فسبقه لسانه فقال : أنت طالق لزمـه الطلاق فى القضاء وفى الفتيا بينه وبين الله عز وجل ، وكذلك لو أراد أن يقول أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار فقـال : أنت طالق ثلاثا ثم بدا له عن اليمين أو قطع به عن ذلك قاطع فلم يلفظ بما أراد أن يقول فهى طالق فى الفتيا والقضاء وبينه وبين الله عز وجل سواء دخلت الدار فقال أنت حرة ثم بدا له عن اليمين أو قطعه عنه قاطع فهى

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٢ ، إدارة الطباعة المنيرية .

حرة فى الفتيا وفى القضاء وبينه وبين الله عز وجل دخلت الدار أو لم تدخل فلو أراد أن يقول لها كلاما فأخطأ فسبقه لسانه فقال أنت حرة قال أبو حنيفة : لا تكون بذلك حرة ولا يلزمه العتق بخلاف الطلاق .

(مسئلة) وإذا قالت له امرأة من نسائه طلقنى فقال نسائى طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لأن لفظه عام ، وإن قالت له طلق نسائك فقال نسائى طوالق فكذلك ، وحكى عن مالك أن السائلة لاتطلق فى هذه الصورة لأن الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها .

والحنابلة قالت أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه ، كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فان أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى فى الصورتين وقبل فى الحكم فى الصورة الثانية لأن خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل فى الصورة الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق فى صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لايجوز إخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضى يحتمل أن لاتطلق بأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص .

فان قال أنت طالق إن دخلت الدار ثم قال إنما أردت الطلاق فى الحال لكن سبق لسانى إلى الشرط طلقت فى الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لو قال قد طلقتها فإن قال بعد ذلك كذبت وإنما أردت طلاقها عند الشرط دين فى ذلك ولم يقبل فى الحكم لأنه رجوع عما أقر به .

وقول الخرقى : واستثنى شيئا بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم عنهم الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن أبى بكر أن الاستثناء لا يؤثر فى عدد الطلقات ويجوز فى المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائى طوالق إلا فلانه لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء فى المطلقات ، وليس الاستثناء وقعا لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح فى المطلقات ولا الإعتاق ولا فى الإقرار ولا الأخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين وقوله (إننى براء مما تعبدون . إلا الذى فطرنى) تبرؤ من غير الله . فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن إثنتين لاغير وحرف الاستثناء المستولى عليه ألا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

تاسعا : « الاستثناء فى الطلاق »

ولا يصح استثناء الاكثر وهذا قول أحمد فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وقع ثلاث والاكثرون على أن ذلك جائز . وذكر أهل العربية أنه جائز فى القليل من الكثير وحكى عن جماعة من أئمة أهل اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع اثنتان وإن قال إلا إثنتين وقع ثلاث وإن قال طلقتين إلا طلقة فيعتبر وجهان :

أحدهما : يقع طلقة . والثاني : طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه ، وإن قال أنت طالق خمسا إلا ثلاثا وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الا كثر وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لايصح وإن قال خمسا الا طلقة ففيه وجهان . أحدهما : يقع ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعا والثاني يقع اثنتان ذكره القاضى لأن الاستثناء يرجع الى ماملكه من الطلقات وهى الثلاث وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان .

وان قال أنت طالق أربعا الا اثنتين فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء . ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضى ينبغى أن لايصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع الى الثلاث فيكون استثناء الا كثر .

فان قال أنت طالق اثنتين وواحدة الا واحدة ففيه وجهان :

أحدهما : لايصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغاية والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن الغاءه وحده أولى من الغائه مع الغاء غيره ولأن الاستثناء يعود الى الجملة الاخيرة فى أحد الوجهين فيكون استثناء الجميع .

(الوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا لواحدة من ثلاث ولذلك لو قال له على مائة وعشرون درهما الا خمسين صح والاول أصح وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى .

وان قال أنت طالق واحدة واثنتين الا واحدة فعلى الوجه الثانى يصح الاستثناء وعلى الوجه الاول يخرج فى صحته وجهان بناء على استثناء النصف وإن قال أنت طالق وطالق وطالق إلا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة فالحكم فى ذلك كالحكم فى المسألة الأولى سواء وإن كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضى الترتيب وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح ، وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا إثنتين لم يصح الاستثناء لأنه إن عاد إلى الجملة التى تليه فهو رفع لجميعها وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو ويجعل الجملتين جملة واحدة وأن استثناء النصف يصح فكأنه قال : أربعا إلا اثنتين وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح . لأنه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لأنه ان عاد الى الرابعة فقد بقى بعدها ثلاث وان عاد الى الواحدة الباقيه من الاثنتين فهو استثناء الجميع :

- وان قال : أنت طالق ثلاثا الا طلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا لثلاث من ثلاث . وهذا وجه لأصحاب الشافعى وقول أبى حنيفة .

(الثانى) يصح الاستثناء فى طلقة لأن الاستثناء الأقل جائز ، وانما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغوا وحده ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء اثنتين ويلغوا فى الثالثة بناء على أصلهم فى أن الاستثناء الاكثر جائز وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ،

وان قال : أنت طالق طلقتين الا طلقة وطلقة ، ففيه الوجهان .

وان قال : أنت طالق ثلاثا الا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضا :

(أحدهما) يلغو الاستثناء لأن النصف يكمل فيكون مستثنيا للأكثر فيلغو .

(الثانى) يصح في طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا في التى قبلها فان قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا الاستثناء على استثناء فيصح الأول ويلغو الثانى ، لأننا لو صححناه لكان مستثنيا للأكثر فيقع به طلقتان ويجىء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة .

وان قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثانى ، ويصح الأول فيقع به طلقتان ، ويحتمل أن يقع به الثلاث لأن الاستثناء الثانى معناه اثبات طلقة فى حقها لكون الاستثناء من النفى اثباتا ، فيقبل ذلك فى ايقاع طلاقه وان لم يقبل فى نفيه كما لو قال : أنت طالق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث .

ولو قال : أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف فى الاثبات ولم يكمل فى النفى .

« الاستثناء من الاستثناء فى الطلاق »

ويصح الاستثناء من الاستثناء ولا يصح منه فى الطلاق الا مسألة واحدة على اختلاف فيها ، وهى قوله : أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة فانه يصح اذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان ، فان قيل ، فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة وإن قال : أنت طالق ثلاثا الا اثنتين

لم يصح ، لأن استثناء الاثنين من الثلاث لا يصح لأنهما أكثرها واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لأنها جميعها ، وإن قال ثلاثا إلا ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح ، ووقع ثلاث لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقى اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأولى ، فيقع الثلاث ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر ، أنه يصح لأنه الاستثناء الأول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله ، إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان ، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى إثبات فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتا لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتا من إثبات ، ولا يصح الاستثناء فى جميع ذلك إلا متصلا بالكلام ، وقد ذكر فى الإقرار [1] .

عاشراً : نية الحالف وتأويله :

فى مسائل تنبنى على نية الحالف وتأويله إذا قال إن لم تخبرينى بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ، أو أكل تمراً فقال إن لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك ، وإن نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك . وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضا لأن ظاهر حال الحالف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التى تنصرف اليمين إلى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال إن لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواه وحدها فالقول فيها كالتى قبلها ، وإن

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٦٠ .

وقفت فى ماء جار فحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضى : قياس المذهب (١) أنه يحنث إلا أن ينوى عين الماء الذى هى فيه لإن إطلاق يمينه يقتضى خروجها من النهر أو إقامتها فيه . وقال أبو الخطاب لا يحنث لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت فى غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لأنها إنما تقف فى غيره أو تخرج منه كذلك .

قال القاضى فى المجرد وهو مذهب الشافعى لأن الأيمان عندهم تنبنى على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث فى هذه الأيمان السابقة كلها ، ولو قال إن كانت امرأتى فى السوق فعبدى حر ، وإن كان عبدى فى السوق فامرأتى طالق فكانا جميعا فى السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لأنه لما حنث فى اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له فى السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قول الحنابلة فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال إن كلمت عبدى سعداً فأنت طالق ثم اعتقه وكلمته طلقت فكذلك هنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة لأنه لم يبق له عبد فى السوق ولو كان فيها تمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو لقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال أنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لإنسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك وديعة فإنه يحلف ما لفلان عندى وديعة وينوى بما الذى ويبر فى يمينه وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئا فحلف عليها بالطلاق لتصدقنى أسرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فانها تقول سرقت منك ما سرقت منك وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلانا أو لا ، فانه يعنى برأيت أى ضربت رئته وذكرته أى قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعنى القباء ولا حصيرا وهو

---

(١) المذهب الحنبلى : المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٢٧٢ .

الحبس وأشباه هذا فمتى لم يكن ظالما فحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه، ولو كانت له امرأة على درجة فحلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليه لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، كان فى يمينه ولا انتقلت عنها فإنها تحمل مكرهة ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداهما فى الغرفة والأخرى فى البيت الفلانى فحلفت لا صعدت إلى هــــذه ولا نزلت إلى الأخرى فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

قال عبد الله بن أحمد : سألت أبى عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم، قال يصلى العصر ثم يجامعها فاذا غابت الشمس إغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة، وقال فى رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك فى رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها؟ قال لا يعجبنى لأنها حيلة ولا تعجبنى الحيلة فى هذا ولا فى غيره. قال القاضى إنمـــا كره أحمد هذا لأن السفر الذى يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحاً ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا قصد له سوى الترخيص فههنا أولى (١) .

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٢٧٣ .

(مسألة)

فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فإن لم تكن له نية أو نوى المجيبة وحدها طلقت وحدها لأنها المطلقة دون غيرها ، وإن قال ما خاطبت بقولي أنت طالق إلا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها، وإن قال علمت أن المجيبة عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معا في قولهم جميعا ، وإن قال ظننت المجيبة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة عند أحمد وفي عمرة روايتان .

(إحداهما) تطلق أيضا وهو قول النخعي وقتادة والأوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها .

(والثانية) لا تطلق وهو قول الحسن والزهري وأبي عبيدة ، قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفتت فإذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ما تقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق وقال أبو بكر لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق ، وقال الشافعي : تطلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة فإن المنوية تطلق بإرادتها مطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لأن الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال .

الركن الرابع « الصيغة »

لكل معنى من المعانى التى تعيش فى النفس وتضمر فى القلب لفظاً يدل عليها ويشير إليها ويميزها عن سائر المعانى الأخرى فمثلا : عقد البيع لا يستعمل فيه غير بعت واشتريت وما فى معناهما وكذلك الإجارة لا يستعمل فيها إلا لفظ الإجارة وما شاكلها وكذلك سائر العقود الأخرى .

ولما إنتهينا إلى أن الطلاق عقد كسائر العقود كان لابد له من صيغة تدل على إزالة عقدة النكاح وهذه الألفاظ التى تميزه عن غيره تعبر عن معنى الحل لعقد النكاح وإزالته أو رفع هذا العقد ولأن هذا الرفع معناً يقوم بالنفس لا إطلاع لنا عليه فكان لابد من لفظ يدلنا عليه ، لأن المعانى إذا أردنا التعبير عنها وإبرازها للعامة فلا بد من وضعها فى قوالب بإزائها فالقوالب هى الألفاظ التى تجسم المعانى وتبرزها ، لأن الفم يتلفظ بالألفاظ ليعبر عن المعانى المستكنة لتصل إلى الغير فى روية واطمئنان .

ولما كانت صيغة الطلاق هى التى تعبر عن إزالة عقد النكاح ورفعه كان لا بد من النطق بها وهذا النطق شرط أساسى لا يمكن التغاضى عنه .

وجملة ذلك أن الطلاق إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع فى قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبى كثير والشافعى وإسحاق وروى أيضا عن القاسم وسالم والحسن والشعبى ، وقال الزهرى إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق فى نفسه أليس قد علمه الله ؟

واستدل القائلون بأن من نوى الطلاق فى نفسه وقع دون التلفظ به بقوله تعالى « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » وجه الدلالة بأن مجرد العزم كاف فى إيقاع الطلاق والعزم شيء قلبي .

يمكن أن يجاب عن ذلك بأن هـــذه الآية لم ترد فى الطلاق بل ذكرت فى الإيلاء بالنسبة للمولى الذى قصد الطلاق أثناء مدة الإيلاء فإن عزمه هـذا متمم للمحلوف عليه وهو ترك قربان زوجته المدة المقررة فى الآية فإن العزم هنا إمتداد للحلف السابق فلا يعتبر شيء قلبى كما قلتم وإنما هو أثر الحلف السابق .

واستدل جمهور الفقهاء على أنه لا بد من التلفظ بالصيغة فلا تكفى مجرد النية الطلاق بحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت بها أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم . متفق عليه (١) .

ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة ، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضا لما ذكرناه (٢) .

إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٢٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢١ .

الفصل الأول

اللفظ الصريح

اللفظ الصريح بصفة عامة : هو ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً زائداً (١) .

وإن زاد البعض ولى هذه التعريف قيداً وهو كثرة الاستعمال ليتميز عن المفسر والنص إذ الفرق بين الصريح وبين مـــا ذكرنا ليس إلا بكثرة الاستعمال فى الصريح وعدمه فى المفسر والنص أما صريح الطلاق بصفة خاصة : فهو ما تعين استعماله فى الطلاق دون أن يستعمل فى غيره (٢) .

اتفق العلماء على أن لفظة الطلاق وما اشتق منها مثل أن يقول أنت طالق ، أو مطلقة أو قد طلقتك ، أو أنت طالقة أو أنت الطلاق ، يقع بها الطلاق دون احتياج إلى نية سواء كان جاداً أو هازلا قاصداً أو غير قاصد ، وإن خالف فى ذلك الظاهرية(٣) والامام مالك(٤) ، والباقر والصادق والناصر (٥) ، ورواية عن الامام أحمد (٦) واستدل من لم يشترط النية فى الطلاق أعنى لفظة الطلاق بأن لفظة الطلاق الواردة فى آيتى القرآن المتكررة لم تحتمل غير المفارقة ، وذلك فى قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » .

---

(١) كشف الأسرار على البزدوى جـ ١ ص ٦٥ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢١٦ .

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ١٨٥ .

(٤) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٥٧ .

(٥) كنز العرفان جـ ٢ ص ٢٤٩ .

(٦) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢١ .

وأيضا : قوله تعـــالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وغير ذلك كثير فانه إذا وقع هذا اللفظ لا يحتمل غير الطلاق إلا إذا إتصل بالكلام ما يصرفه عـن الحقيقة المتبادرة إلى الأذهان والمتقررة فى الأفهـام كما إذا قـال « أنت طالق من وثاق » بالاتصال فإن كلمة « من وثاق » صرفت اللفظ عما وضع له أصلا وأخرجته فاستعمل فى غير ما وضع له وهذه هى القرينة الصارفة فإذا لم يتصل بالكلام ما يصرفه عن ظاهره فإنه لا يمكن أن يحتاج إلى نية .

وأيضا : لمـا كان الظاهر من الطلاق حل عقدة النكاح كان لا يحتمل غـيره لحديث النبى ﷺ « وأحكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر » .

وأما الذين قالوا باشتراط النية أو القصد فقد استدلوا بما روى عن النبى ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » . وجـه الدلالة من الحديث أن الطلاق عمل ، ولما كان عملا كسائر الأعمال فإنه لا يصح إلا بالنية لوجود أداة الحصر وهى « إنمـا » . ومن الصريح لفظى الفراق والسراح ، ويعتبران كلفظ الطلاق عند الشافعى فلا يحتاجان إلى نية .

وقال أبو حنيفة ومالك وأبو حامـد من الحنابلة أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده . وما عداه من الفراق والسراح من الكنايات التى تحتاج إلى نيـة وإن كان مالك يعدهما من الكنايات الظاهرة وعندئذ يقع من غير نية وهو قول مالك خاصة .

دليل القول الأول :

أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق . قال الله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح

بإحسان » وجه الدلالة أن التسريح ذكر مقابل الامساك بالمعروف ووجه المقابلة أنه عقب الطلاق المرتان إما أن يمسك أو يسرح ولا ثالث لهما،والتسريح هنا لا يحتمل إلا الطلاق .

وقال تعالى « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » وجه الدلالة أن السراح الجميل المصحوب بالمتعة لا يكون إلا فى نهاية المطاف سواء كانت الطلقة هى الثالثة أو أراد أن يوقع الكل فى طلقة واحدة .

وكون القران قد ذكر لفظ السراح فى هذا المضمار لا شك أنه لا يحتمل غير المفارقة وإيقاع الطلاق بهذا اللفظ .

مع ملاحظة أن السراح قد ذكر فى أكثر من موضع فى سورة الأحزاب وحدها ذكر مرتين الأولى عندما خير النبى ﷺ أزواجه فى البقاء معه أو إختيار عدم البقاء نزل قوله تعالى « يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا » .

والثانية : ذكرت فى من طلق قبل الدخول فقال تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا » فمقتضى هذا كله أن يكون لفظ السراح من صريح الطلاق الذى لا يحتمل غيره معه ،وذكر القرآن له يجعله عرفا شرعياً ولا شك أن العرف الشرعى ، يعتبر كالعرف اللغوى بل إن العرف اللغوى لا يكون سارياً فى الشرعيات إلا إذا تأيد من قبل الشرع .

- وأما لفظ الفراق :

قد ورد فى القرآن ما يدل على أنه يعد من صريح الطلاق الذى لا يحتاج إلى

لية ولا يحتمل غيره إحتمالا من قريب أو بعيد لا سيما وأن المعرض الذى ذكر فيه لفظ الفراق يدل على أنه من صريح الطلاق قال عز وجل فى سورة الطلاق « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » وقال أيضا فى سورة النساء بعد أن حث على الصلح والوفاق والتقارب وعدم الميل فإذا عجز عن ذلك كله « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .

ولم يذكر الله تعالى حل الزوج الزوجة إلا بهذه الألفاظ فلا يجوز حل عقدة عقدت بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ إلا بما نص الله عز وجل عليه « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » (١) .

دليل القول الثانى :-

قالوا: أن الصريح فى الشىء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا إحتمالا بعيداً. ولفظة الفراق والسراح إذا وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفى العرف كثيراً قال الله تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » وقال « وما تفرق الذين أوتو الكتاب » فلا معنى لتخصيصه بفرق الطلاق على أن قوله « أو فارقوهن بمعروف » لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك إرتجاعها وكذلك قوله « أو تسريح بإحسان » ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح (٢) .

---

(١) راجع هذه الأدلة : المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٦ ، المجموع للنووى جـ ١٦ ص ٩٨ المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢٠ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢١٦ المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢٢ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٥٧ .

وإن كان الظاهرية يشترطون النية فى جميع ألفاظ الطلاق الصريحة كلفظ الطلاق والسراح والفراق ، فقد قال ابن حزم ما نصه « وأما قولنا إن نوى مع ذلك الطلاق فلقول رسول الله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى» وأما تفريقنا بين ألفاظ الطلاق فلم يوجب أن يراعى قوله فيها : لم أنو الطلاق فى القضاء خاصة وراعينا ذلك فى ألفاظ السراح والفراق فلأن لفظة الطلاق وما تصرف منها لا يقع فى اللغة التى خاطبنا الله عز وجل بها فى أحكام الشريعة إلا على حل عقد الزواج فقط لا معنى آخر البتة فلا يجوز أن يصدق فى دعواه فى حكم قد ثبت بالنية عليه وفى إسقاط حقوق وجبت يقينا للمرأة بالطلاق قبله وراعينا دعواه تلك فى الفتيا لأنه قد يريد لفظا آخر فيسبقه لسانه إلى ما لم يرده فإذا لم يعرف ذلك إلا بقوله فقوله كله مقبول لا يجوز أخذ بعضه وإسقاط بعضه ، وأما ألفاظ السراح والفراق فإنها تقع فى اللغة التى بها خاطبنا الله عز وجل فى شرائعه على حل عقد النكاح وعلى معان أخر وقوعا مستويا ليس معنى تلك المعانى أحق بتلك اللفظة من سائر تلك المعانى فيكون أنت مسرحة أى أنت مسرحة الخروج إذا شئت وبقوله قد فارقتك وأنت مفارقة فى شىء مما بينهما ما لم توافقه فيه فلما كان ذلك كذلك لم يجز أن يحكم بحل عقد صحيح بكلمة الله عز وجل بغير يقين ما يوجب حلها »(١) .

والذى نراه ونرجحه أن صريح الطلاق وإن كان هو لفظة الطلاق وما إشتق منها لا بد فيه من النية وذلك لعدة أسباب :

السبب الأول : أن النية ركن فى الطلاق لا بد من توافره لأن الركن ما كان داخلا فى الماهية بحيث إذا إنعدم الركن ترتب على إنعدامه بطلان الماهية ومن

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٦ .

ثم كان قــول الشافعى بأن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية قول يتناقض مع تعدادهم لأركان الطلاق فى سائر كتبهم الفقهية حيث أنهم جعلوا القصد ركن من أركان الطلاق ، وما القصد إلا النية أو جزء منها لا سيما وقــد جاء فى المجموع ما نصه « لا يقع الطلاق إلا بصريح أو كناية مع النية ، فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقــع الطلاق لأن التحريم فى الشرع علق عــلى الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ، ولأن إيقاع الطلاق بالنية لا يثبت إلا بأصــل أو بالقياس على ما ثبت بأصل ، وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت »(١) فكما أن الطلاق لا يقع بالنيــة وحدها إلا إذا كانت مصحوبة باللفظ لدلالته عليها فكذلك لا يقع باللفظ الذى لا يصطحب بالنية ، لأن النية كما تقدم ركن لا بد من توافره .

السبب الثانى : إن جمهور الفقهاء فإنهم وإن لم يشترطوا النيــة فى صريح الطلاق إلا أنى أفهم من كلامهم أنهم يلتزمون بمدلولها وهــو القصد الذى شرطوه ، وما النية إلا قصد الشىء مقترناً بفعله وإن كانوا قد اشترطوا التلفظ بها فى بعض المواطن ، وفى مواطن أخرى اعتبروا القصد نية يغنى عن التلفظ بها كغسل الجنابة مثلا فقد نصوا على أن القصد إلى رفع الجنابة بالاستحمام يغنى عن التلفظ بالنية ، وكذلك قال بعضهم إن السحور فى رمضان يغنى عن التلفظ بنيــة الصوم .

السبب الثالث : أن العزم عــلى الطلاق يعتبر كنية الطلاق سواء بسواء مــع أن العزم يعتبر سابقاً عــلى التلفظ به ، واعتبر ذلك فى المولى بدليل قوله تعالى

---

(١) المجموع ج ١٦ ص ٩٦ .

« وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » والعزم أمر قلبي لا يمكن معرفته إلا بالنطق مع أن المولى قد جعل فوات الأربعة أشهر بالنسبة له عزماً على الطلاق، ومن ثم كانت النية لا بد من توافرها وانعدامها يؤدي إلى خلل في عقد الطلاق فيضيع ركن من الأركان وضياع الركن يؤدي إلى إختلال البنيان . وإن كان جده جد وهزله جد كما يقول النبي ﷺ إلا أنه في الهزل وإن لم ينو طلاقاً لكن يعتبر فعله والتلفظ به في موضع اللعب بما لا ينبغي التلاعب به .

وربما كان تلفظه به في موضع الهزل ، دليل على مكنون نفسه وما يكن في قلبه إنفلت على لسانه دون أن يدري .

السبب الرابع : إننا نجد أن الشافعية أنفسهم الذين ورد عنهم وربما كان عن إمامهم خاصة أن لفظة الطلاق وما شابهها من الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية ورد عنهم بنص عبارة المجموع « يدل حديث أبي هريرة على أن من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق كما في الأحاديث المتقدمة وقع منه ذلك ، أما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم ، وخالف في ذلك أحمد ومالك فقالا : أنه يفتقر اللفظ الصريح إلى النية ، وبه قال جماعة من الأئمة منهم جعفر الصادق ومحمد الباقر . واستدلوا بقوله تعالى « وإن عزموا الطلاق » فدلت على إعتبار العزم . والهازل لا عزم منه » (١) .

« وصف اللفظ الصريح بما يمنع مدلوله » .

إذا قال لزوجته : أنت طالق من وثاق ، أو سرحتك في عمل كذا ، أو فارقتك ببدني .

---

(١) المجموع جـ ١٦ ص ١٠٠ .

فإن الكلام المتصل بهذه الألفاظ الصريحة إتصل بها ما يصرفها عن ظاهرها ويجعلها تفيد معنى آخر غير ما وضعت له ، ومن ثم فإنه لا يقع بهـا حينئذ طلاق ، قياساً على الاستثناء والشرط .

بخلاف ما لو قال : أنت طالق ، وقال أردت طلاقها من وثاق ، أو قال فارقتك ، وقال أردت به إلى المسجد ، أو قال سرحتك وأردت به إلى البيت أو إلى أهلك .

اختلفت الأقوال حينئذ .

فعند الشافعية لم يقبل منه فى الحكم سواء صدر ذلك فى حـال الغضب أو الرضا ، ويدين فيما يدعيه بينه وبين الله تعالى (١) . وهو قول الحنفية (٢) .

وعند الحنابلة ومالك فقد فصلوا ، إما أن يقول ذلك فى حال الله الرضا أو فى حال الغضب ، وإن قال هذا فى حال الرضى لم يقبل منه فى الحكم وقبـل فيما بينه وبين الله تعالى .

وإن قال ذلك فى حال الغضب لم تقبل منه فى الحكم ، ولا فيما بينـه وبين الله تعـالى .

---

(١) المجموع جـ ١٦ ص ٩٩ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٠٠٠

(٢) ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين فى القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى مـا يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهى غير مقيدة بالعمل وعن أبى حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى . الفتح القدير جـ ٣ ص ٤٦ .

ورواية ثالثة وهى لأبى منصور وأبى الحارث أن ظاهر كلام أحمد أنه يقبل قوله مطلقا، لا فرق بين الحكم والتدين ، وأسند هذا القول إلى جابر بن زيد والشعبي حكاه عنهم أبو حفص .

أدلة الشافعية والحنفية :

استدل الشافعي على قـــوله . بقول النبي ﷺ « لا تحاسبوا العبد حساب الرب واحملوا على الظاهر ودعوا الباطن » .

ولأننا لو قبلنا قوله فى الحكم لكان ذلك عدولا بالكلام عن ظاهره وتحمل اللفظ فوق ما يقتضيه لأنه عندما نطق وقال أنت طالق أو سرحتك ، فإن الظاهر الوقوع ،وقوله بعد ذلك أردت شيء غير ما يقتضيه اللفظ يعتبر خروجاً عن الظاهر يحتاج إلى دليل يدل عليه ولا دليل .

ولما كان اللفظ صالح للحالين أى الوقوع وعدمه قبل قوله فيما بينه وبين الله تعـالى .

ودليل الشافعية يصلح لمدعى المالكية والحنابلة ولو قال ذلك فى حال الرضا أما فى حال الغضب فكما قالوا سابقا أنه لا يقبل قـوله حكماً وتديناً . مستدلين عـلى ذلك ، لأن اللفظ الواقع منه صريح فى الطلاق فلا يحتمل غـــيره ، وقرينة حاله ، أى كونه غاضباً تدل على إرادة الطلاق ، فكانت دعواه مخالفة للظاهـر .

وأما دليل الرواية الثالثة وهـــو قبول قوله فى الحالين ، لأنه فسر اللفظ الصادر من المطلق بما يحتمله إحتمالا غير بعيد قياساً على ما لو قال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها .

والرواية الثالثة غير مقبولة ولا معقولة وذلك لما يأتى :

(أولا) إن فيها مخالفة للظاهر مطلقاً ، والظاهر أنه لا بد من إعمال اللفظ فيما يقتضيه من ناحية الحكم على الأقل ، وأما إبطاله فى الحكم وما يبنى عليه من ناحية التدين إبطال للظاهر مطلقا .

(ثانيا) إن قوله « إن اللفظ يحتمله إحتمالا غير بعيد باطل وسبب هذا إن اللفظ موضوع للدلالة على إيقاع الطلاق فلا يحتمل غيره بحسب الوضع اللغوى أو الشرعى ، واحتمال غيره لا بد من قرينة تدل عليه ، والقرينة غير موجودة ، إذ لم يتصل باللفظ ما يصرفه عن المعنى الموضوع له .

وقوله بعد صدور اللفظ منه أردت كذا لا يقبل منه هذا التفسير .

(ثالثا) إن القياس الذى استدل به غير مقبول بسبب أن قوله أنت طالق الثانية على الأقل تعتبر تأكيدا للأولى ، فقد أفادت الجملة معنى وضعت له العبارة بخلاف المقيس فإنه لم يفد معنى ، وحمل كلام العقلاء على ما به يصح أولى من حمله على ما به يلغى ، ووقوع الطلاق تقتضيه الصحة وعـــدم الوقوع هو الالغاء .

— وأما قول مالك والحنابلة بالتفرقة بين حال الرضا والغضب ، والقبول تدينا فى الأولى دون الثانية تفرقة تحكمية ، والسر فى هذا أنه يتناقض مع قول النبى ﷺ « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعتاق ، إذ لم يفرق الحديث بين الهازل والجاد ، بمجرد وقوع العبارة ، يقع الأثر الذى يترتب عليها ، فكان ينبغى عدم التفرقة بين الرضا والغضب ، إذ ما يسرى على الرضا يسرى على الغضب .

وأما ما قال به الشافعية أنه يقبل قـــوله تدينا لا قضاء ووافقهم المالكية والحنابلة على قولهم أثناء الرضا هذا يتنافى مع المنطق وذلك لعدة أسباب .

(الأول) أنه لا داعى للتفرقة بين القضاء والفتيا ، لأن القاضى من أهم شروطه الاجتهاد واجتهاده قد أدى به إلى الحكم بوقوع الطلاق ، ولو قلنا بأن المرأة لا يقع عليها الطلاق دينـــاً أدى ذلك إلى حدوث تناقض فتكون المرأة مطلقة غير مطلقة ، وهذا التناقض غير معقول ولا مقبول .

(الثانى) لما كان القاضى من أهم شروطه الاجتهاد وابنى حكمه على اجتهاده فلو قلنا أن المرأة غير مطلقة ديناً لأدى ذلك إلى نقض إجتهاد القاضى بإجتهاد غيره ، والقاعدة الفقهية تقول « الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله » (١) .

(الثالث) لو قلنـــا بعدم وقوع الطلاق ديناً ، لوقعت فجوة كبرى بين القضاء والواقع ، والقاضى لا يحكم فى هذه الأشياء إلا بناءاً على قواعد دينية لا يتطرق إليها شك ولا يعتريها غموض ، ويؤدى بنا هذا القول إلى أن يكون حكم القاضى غير ملزم ما دامت المرأة تبقى مع زوجها ولا يقع طلاقها ، وما دام القول قد صدر من الأهل فى المحل وقضى القاضى به فلما نقول بأنه لا يقع تديناً .

(فرع) لو قال له رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم . طلقت عليه فى الحال، لأن الجواب يرجع إلى السؤال ، فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الاقرار . وإن قال أردت به فى نكاح قبله - فإن كان لما قاله أصل - قبل منه ، لأن اللفظ يحتمله ، وإن لم يكن له أصل

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى .

لم يقبل لأنه يسقط حكم اللفظ وإن قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت أن كنت علقت طلاقها بصفة ، قبل منه لأنه يحتمله اللفظ وعن الطبرى وابن الصباغ قولان .

قول يوافق ما ذكر وهو قول أبي إسحاق الاسفرايني وأبا حامد المروزي .

والقول الثاني يقول أن الطلاق لا يقع ، لأن هذا كناية فلا يقع به الطلاق إلا بالنية ، ولأن قوله نعم ليس بلفظ صريح .

والراجح هو الأول . لأن الجواب يعود على السؤال فكأنه قال طلقت بدل قوله نعم .

وإذا قال لإمرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، فذكر المزنى فى فروعه أنها لا تطلق لأنه ليس بإيقاع الطلاق ، وإنما حلف بطلاقها إنما يمسكها لأجل أبيها وأنه لولا أبوها لطلقها ، كما لو قال والله لولا أدبك لطلقتك . قال صاحب الفروع ويحتمل أن يقع عليها الطلاق لأن قوله لولا أبوك لطلقتك كلام مبتدأ منفصل عن الأدلة ، ولهذا ينفرد بجواب ، والأول هو المشهور . فإن كان صادقاً بأن امتنع من طلاقها لأجل أبيها لم يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً وإن كان كاذباً وقــع الطلاق فى الباطن دون الظاهر ، إلا أن يقر بكذبه فيقع فى الظاهر أيضاً ، فإن قال أنت طالق لولا أبوك أو لولا الله لم يقع عليها الطلاق .

(فرع) فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة فى الطلاق لأنها لم يثبت لهـا عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته .

وذكر القاضي أبو يعلى فيها احتمالا أنها صريحة لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذى ذكره يطرد

فإنهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحيـــاة وأصدقت المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقاً ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر وإدبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعانى المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما فى البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل فى الأذن وبالكسر لثقل الحمل ، وهمنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف فى أحدهما والهمزة فى الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الأسيرين والفرس والطائر فهـو طالق وطلقت الدابة فهى طالق ومطلقة ولم يسمع هـذا فى كلامهم وهـذا مذهب الشافعى .

(فرع) فإن قال أنت الطلاق . يقع به نواه أو لم ينوه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل . ولأصحاب الشافعى فيه وجهان .

(أحدهما) أنه غير صحيح لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً .

(والثانى) أن الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه وهو مستعمل فى عرفهم .

وقولهم إنه مجاز قلنا : نعم يتعذر حمله على الحقيقة ولا محل له يظهر سوى هذا المحمل لتعين فيه .

(فرع) وبالرغم مما تقدم من أن لفظ الطلاق صريح هو وما اشتق منه لا يحتاج إلى تأويل فى غيره الاتفاق ووضعه لذلك لغة وشرعا إلا أن بعض مشتقاته خرجت عن القاعدة المعروفة المألوفة فلم تكن صريحة فى الطلاق . فمثلا كلمة الإطلاق كما تقدم .

وكلمة (مطلقة بسكون الطاء) حيث أنه لو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها أى لفظة مطلقة غير مستعملة فيه أى فى الطلاق بالمعنى الشرعى عرفا بل فى الانطلاق عن القيد الحسى فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية (١) .

(فرع) ولو اشتهر عرفا لفظ الطلاق كالحلال بضم اللام على حرام أو حلال الله على حرام أو أنت على حرام وكذا الحرام يلزمنى أو على الحرام كما بحثه الزركشى فصريح فى الأصح عند من اشتهر عندهم كما قاله الرافعى تبعاً للبراوزة لغلبة الإستعمال وحصول التفاهم عندهم . وقال صاحب مغنى المحتاج(٢)

الأصح المنصوص وعليه الأكثرون أنه كناية مطلقا ، لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع : وليس المذكور كذلك ، أما من لم يشتهر عندهم فكناية فى حقهم جزماً .

(ولو قال على الطلاق) فهو كناية ، وقال الصيمرى : أنه صريح . قال الزركشى وغيره إنه الحق فى هذا الزمن لإشتهاره فى معنى التطليق وقال ابن الصلاح فى فتاويه ، أنه لا يقع به شىء لأنه لم يشتهر فى زمانه فلا يقع به طلاقاً .

---

(١) الفتح القدير ج ٣ ص ٤٧ ، مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٨١ .
(٢) مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٨١ .

مسألة

فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته إبنتك طالق ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلقت زوجته لأنه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق نص عليه أحمد فى رجل تزوج امرأة فقال لحماته إبنتك طالق. وقال أردت ابنتك الأخرى التى ليست بزوجتى فقال يحنث ولا يقبل منه وقال فى رواية أبى داود فى رجل له امرأتان أسماها فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق اينوى الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدقه فى الحكم .

وقال القاضى فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين (١) .

وقال الشافعى يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبيه اسمها زينب لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحة بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته أظهر فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه ، فأما إذا قال إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحة .

وقال أصحاب الرأى وأبو ثور يقبل فى الجميع لأنه فسر كلامه بما يحتمله .

واستدل الحنابلة : أنه يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بهما كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعى

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٣٥ .

وما ذكروه من الفرق لا يصح فإن إحداكما ليس بصريح فى واحدة منهما إنما يتناول واحدة لا بعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما إذا قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحة لكنه صرفه عنها دليل فصار ظاهراً فى غيرها .

ولما قال النبى ﷺ للمتلاعنين « أحدكما كاذب » لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعنى النبى ﷺ وأبا سفيان . فشركما لخيركما الفداء . لم ينصرف شرهما إلا إلى أبى سفيان وحده وخيرهما النبى ﷺ وحـــده وهذا فى الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ يحتمل له وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الأجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظلماً أو يتخلص بهـا من مكروه قبل قوله فى الحكم لوجود الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها .

وقوع الطلاق بغير لفظ الطلاق

ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا فى موضعين :

(الأول) من لا يقدر على الكلام كالأخرس .

فإذا وقعت الإشارة من الأخرس بما يدل على وقوع طلاقه ويفهم منه ذلك من يجاوره ويفهم إشارته يقع طلاقه إتفاقا وإن كان الحنفية قد قالوا لا بد أن يصحب الإشارة تصويت مقرونة بها لأن العادة منه ذلك (١) .

---

(١) راجع الفتح القدير ج ٣ ص ٤٢ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٢٣٨ المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٤ .

والإشارة من الأخرس تنزل منزلة العبارة من الناطق لأنها لو لم تنزل منزلة العبارة من الناطق لما صح الأخرس عقد لكنه يصح بيعه وشراؤه ونكاحه بالإشارة فكذا طلاقه .

وإن كانت إشارته تدل على وقوع طلاقه فإن أشار بأصبعه فواحدة وبأصبعين فثنتين وبثلاث فثلاث ، إذ العدد لا يفهم إلا بهذه الطريقة ، وصحت الإشارة منه لم ينازع فيها أحد وإن كان يحسن الكتابة إلا أن بعض الشافعية وبعض مشايخ الحنفية قالوا إن كان يحسن الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة . وكأن ما قالوه يتمشى مع القاعدة الفقهية الضرورة تتقدر بقدرها (١) فعندما لا يحسن الكتابة يقع طلاقه بالإشارة لأنه لا يقع إلا بها ، ولما كان يحسن الكتابة كانت أوقع من الاشارة لكونها صريحة فى الدلالة وبها تندفع سائر الاوهام .

وهذا الرأى أوفق للدقة والحيطة .

فأما الاشارة بالنسبة القادر على النطق فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها ، لأن الضرورة إلى الاشارة غير قائمة لامكان النطق إذ الضرورة تتقدر بقدرها .

ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصبعه الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفى، وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بأصبعه الثلاث طلقت ثلاثاً لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع فى العدد وذلك يصلح بياناً كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بيده » مرة ثلاثين ومرة

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي .

تسعاً وعشرين(1) وإن قال أردت الإشارة بالاصبعين المقبوضتين قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه .

(الثانى) إذا كتب لفظ الطلاق وما يشابهه من الألفاظ الصريحة التى لا شك فيها ، فلا بد من توافر شروط متعددة فى الكتابة .

(الشرط الأول) : أن تكون الكتابة مقروءة مهما طال عليها الزمن فلو كانت الحروف غير مقروءة أو مكتوبة بحروف لا تفهمها المطلقة أو بلغة غير لغتها فلا تستطيع قراءتها فحينئذ لا تطلق إلا إذا وجد من يقرأ لها وكان هناك توافق بين اللغتين فى الترجمة ،أما إذا حدث اختلاف بين اللغتين فى الترجمة فإنها لا تطلق ومر هذا ربما كان صريحاً فى لغة المطلق كناية فى لغة المطلقة .

(الشرط الثانى) أن تكون الكتابة ثابتة ، فإن كتب على الهواء أو على الماء أو خط بأصابعه على وسادة فإنه حينئذ لا يقع وهذا القول لجمهور الفقهاء لأن الكتابة التى لا تبين كأنها غير موجودة قياساً على الهمس بالفم فإنه لا يقع فكذا ما معنا . ويعلل عدم الوقوع لأن كتابته على ما لا يحتفظ بها أو على ما لا تظهر عليه تعتبر فى حيز العدم والمعدوم لا تأثير له ومن ثم لا يقع طلاقه .

وإن كان أبو حفص العكبرى من الحنابلة قال بأنه يقع ورواه الأثرم عن الشعبى لأنه كتب حروف الطلاق فكأنه كتبه بشىء يبين ويقرأ ولعل وجهة نظرهم أنه معتبر التلفظ بحروف الطلاق وإن كان همساً فرسمه على ما لا يبين يعتبر تأكيداً للهمس بالفم .

والرأى الأول هو الأولى ، لأن همسه باللفظ لم يسمع وما لم يسمع

---

(1) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥١ .

لا يوضح الغير فكأنه يحدث به نفسه ، ويقول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت بها أنفسها » .

(الشرط الثالث) التقييد بما جاء في الكتاب الذي تضمن الطلاق بمعنى إن أراد التنجيز أي الوقوع في الحال وقع ، أما إذا قيده بقيد أو شرطه بشرط أو علقه على أمر فإنه يعمل بكل من القيد والشرط والأمر . وكذلك إذا علق طلاقها على وصول الخطاب إليها أو علمها بالطلاق .

وأمثلة ذلك : إذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء وكان في حال كتابته للطلاق مريداً الشرط لم يقع طلاقه في الحال لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وإن لم ينو شيئاً وقلنا إن المطلق يقع به الطلاق نظرنا فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط لأنه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً ، وإن قال إني كنت مريداً للشرط فقياس قول أصحاب أحمد أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط .

وإن كتب إلى امرأته : أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه .

وإن كتب إليها إذا وصلك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها ، وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق لأن الشرط وصوله ، وإن ذهبت

كتابته بمحو أو غــيره ووصل الكاغد لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، وكذلك إذا انطمس مافيه لعرق أو غيره لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لايخرجه عن كونه كتابا ووصل باقيه طلقت لأن الباقي كتاب وإن تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لأن الإسم باق فينصرف الإسم إليه وان تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب فإن قال لها إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها اذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب ، فان قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين وهـــل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين (١) .

(الشرط الرابع) ألا يكون لفظ الطلاق من كناياته وهذا الشرط انفرد به الشافعية وذكروا فيه خلافاً ، فقد قال بعضهم بأنه لو كان مكتوباً بلفظ من ألفاظ الكناية فانه لايقع به الطلاق وعلل ذلك بأن الكتابة كناية ، فلو كان اللفظ كناية أيضا لاجتمعت أكثر من كناية فكان ذلك مبالغة في الإبهام وأوحى الى الإيهام ومن ثم لايقع في الكناية .

الرأى الثاني : أنه يقع . لأن الكتابة طريق في افهام المراد وقد اقترنت بالنية ، ولأنها أحد الخطابين فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ (٢) .

(الشرط الخامس) : النية .

أجمع الفقهاء على اشتراط النية عند الكتابة ولذا قال أبو حنيفة ان لم ينو طلاقا عند الكتابة صدق في الفتيا ولم يصدق في القضاء .

---

(١) راجع : المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٤٠ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٤ .

وعند مالك والشافعي والليث : إذا كتب طلاق امرأته فان نوى بذلك الطلاق فهو طلاق ، وان لم ينو به طلاقا فليس بطلاق . وهو قول النخعي والشعبي والزهري والاوزاعي والحسن بن حي وأحمد بن حنبل (١) .

وقولهم أن النية شرط عند الكتابة فيه تجاوز وسبب هذا أن النية ركن وفرق بين الشرط والركن لان الركن ما كان داخلا في الماهية والشرط ما كان خارجا عنها فانعدام النية يؤدى الى البطلان لكونه ركنا ، ولو قلنا بأنها شرط لأدى تركها الى الفساد ، وفرق بين الفاسد والباطل ، هذا عند الحنفية لوجود الفرق بين الفاسد والباطل .

الا اذا كانوا يقصدون مايقصده الجمهور بمعنى أنه باطل بطلانا مطلقاً فإذا توافرت هذه الشروط عند كتابة الطلاق بأن كتب بحروف ظاهرة مقروءة بلفظ صريح مع توافر النية على ورق أو حجر ووصل الى الزوجة سائر الكتاب على قولين في ذلك .

الأول : أن الطلاق يقع وهو ماذهب اليه الجمهور من الفقهاء .

الثاني : بأنه لايقع وهو قول الظاهرية (٢) وبعض الشافعية (٣) .

واستدل الجمهور على قولهم بالوقوع .

أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٢٣٩ .

(٢) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٩٧ .

(٣) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٨٤ .

مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك فى حق البعض بالقول وفى حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف . ولأن كتاب القاضى يقوم مقام لفظه فى إثبات الديون والحقوق .

وأيضا فالكتابة تقوم مقام النطق كما لو تعذر النطق أمام الزوجة بالطلاق كما لو كان المطلق مسجونا أو فى بلد بعيد لا يمكن أن يصل منه لإنقطاع المواصلات فحينئذ تحل الكتابة على النطق .

دليل أصحاب القول الثانى:

قال الله تعالى (الطلاق مرتان) وقال تعالى (فطلقوهن لعدتهن) ولا يقع فى اللغة التى خاطبنا الله تعالى بها ورسوله ﷺ اسم تطليق على أن يكتب إنما يقع ذلك على اللفظ به فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص .

ولأنه فعل من قادر على القول فلم يقع به الطلاق كالإشارة من الناطق والراجح رأى الجمهور . لأن قوله تعالى الطلاق مرتان ، وقوله أيضا فطلقوهن لعدتهن ، هاتان الآيتان إحداهما تنص على الطلقات الرجعية التى يمكن إرتجاع الزوجة بعدهما ، والثانية تدل على أن الطلاق للعدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ، وهذا بخلاف ما نحن فيه ، لأن النطق يعد مع الكتابة متساويان لا سيما فى غير القادر على النطق كالأخرس أو غير المتمكن من النطق لعذر بعد المسافة أو أحد الأسباب المانعة الأخرى ، وما دمنا قد اشترطنا شروطا فى الكتابة متى توافرت كانت الكتابة جدية منتجة آثارها إذ الكتابة حجة قاطعة على كاتبها فلا يمكنه إنكارها على حد قوله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) .

(فرع) فأما إن كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضى الشريف فى الارشاد على روايتين :-

إحداهما : يقع وهو قول الشعبى والنخعى والزهرى والحكم لما ذكرناه .

والثانية : لا يقع إلا بنية وهو قول أبى حنيفة ومالك ومنصوص الشافعى لأن الكتابة محتملة فإنه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل فى الحكم فى أصح الوجهين لأنه يقبل ذلك فى اللفظ الصريح فى أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلى فقد قال أحمد فى رواية أبى طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل فى ذلك أيضا يعنى أنه يؤاخذ به لقول النبى ﷺ إن الله عفا لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به ، فظاهر هـذا أنه أوقع الطلاق لأن غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقع طلاقه ، كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلأن يكون ناويا الطلاق ، والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به .

طلاق من لا يحسن العربية

المسلم الذي لا يجيد العربية ولا يتقنها فإن طلاقه يقع بلغته ما دامت ترجمتها ترجع إلى العربية بألفاظها الصريحة ، إذ لا نستطيع أن نكلفه أن ينطق بالطلاق باللغة العربية . وكذلك لو كلفناه نطق الطلاق بالعربية لكان خارجا عن حدود طاقته وفوق قدرته والتكليف بما لا يطاق منهى عنه إذ لا تكليف إلا بما في وسع الإنسان ، قال تعالى « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

وأيضا لو قصرنا وقوع الطلاق على اللفظ العربي لما وقعت فرقة بين المسلمين غير العرب ، ولما استفادوا بشريعة الطلاق ولكان الطلاق مقصوراً على العربي أو من يجيد العربية وهـــذا عين الحرج المنفى في القرآن الكريم في قوله تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

(فرع) وإن قال العجمي « بهشتم ليسيار » طلقت امرأته ثلاثا نص عليه أحمد بن حنبل [1] لأن معناه أنت طالق كثيرا ، وإن قال بهشتم فحسبت (بالفارسية) طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثا ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي : يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لأن هذا صريح وذاك صريح فهما سواء . والصحيح أنه يقع ما نواه لأن معناها خليتك ، وخليتك يقع بهـــا ما نواه وكذا ههنا وإنما صارت صريحة الشهرة استعمالها في الطلاق وتعينها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده. وإن قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وإن

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٣٨ .

نوى ثلاثا فهى ثلاث لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير وكذلك لو قال طلقتك .

(فرع) نطق الأعجمى لفظ الطلاق بالعربية .

ولو لفظ أعجمى أو غيره به أى الطلاق بالعربية أو غيرها مما لايعرفه ولم يعرف معناه سواء ألقنه أم لا، لم يقع لانتفاء قصده لأن القصد ركن فى الطلاق لابد منه وانتفاقه يؤدى إلى انتفاء ماهية الطلاق وإن كان المتولى من الشافعية(١) قد اشترط فى عدم الوقوع ألا يكون مخالطا لأهل اللسان ، فان كان مخالطا لأهل اللسان وقع طلاقه لأنه عند عـــدم المخالطة تأيدت دعواه بالظاهر لأن الظاهر عدم معرفته باللسان العربى وانعدام المخالطة يؤيد مدعاه بعدم الفهم ، أما عند المخالطة فالمعرفة باللسان حاصلة والظاهر ينقض دعواه بعـــدم المعرفة . وإن كان يصدق باطنا لكننا نقول إنه لافرق بين الظاهر والباطن فى الأحكام الشرعية وذلك للاحتياط فانه يحتاط فى الابضاع مالا يحتاط فى غيرها .

وإن عرف الاعجمى أو غيره معنى اللفظ الذى ينطق به فانه يؤدى إلى وقوع الطلاق . لأنه قصد لفظ الطلاق لمعناه .

(فرع) بقى احتمال أخير وهو العربى الذى يجيد لغته ويعرف ألفاظها ومعانيها ويدرك مقاصدها ومراميها ، وأجاد لغة كاللغات الأجنبية المختلفة

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٨٩ .

وخرج إلى إحـــدى البلاد الأجنبية ونطق لفظ الطلاق بغـير لغته فهل يقع أولا ؟ .

فالذى نراه وقوع الطلاق وسبب هذا :

(أولا) إن اللغات تكاد أن تتفق من حيث المعانى التى تدل عليها الألفاظ وإن اختلفت الألفاظ بحسب اختلاف اللغات .

(ثانيا) نص الله سبحانه وتعالى على وقوع الطلاق بكل من ألفاظ الطلاق والفراق والسراح والقاعدة أن كل مايشتق من هذه الالفاظ يقوم مقامها لان ما يشتق منها يؤدى معناها ، ألا ترى أن اختلاف اللغات ما دام يؤدى إلى معنى واحد مع اختلاف الالفاظ يقاس على اختلاف المشتقات للفظ واحد ، ما دام الكل يؤدى إلى معنى .

(ثالثا) إن البلد التى يقيم فيها العربى ولغتها ليست بعربية ونطق العربى بلغتها لفظ الطلاق أو غيره مع إمكان نطقه باللغة العربية يعد قاصداً للطلاق تمشياً مع عرف ذلك البلد الذى يقيم فيه ، لانه يدرك تماماً أن غيره لايفهم النطق بلغة العرب ، فخاطبه باللغة التى يفهمها .

(رابعا) إن الإمام الرافعى من الشافعية يقول : « ان تطابق العرف واللغة فلا مانع من العمل بوقوع الطلاق ، والعربى الذى يتكلم بلغة غيره يسير بمقتضى عرف البلد التى يقيم فيها ومقتضيات لغتها ، وبهذا يتمشى العرف واللغة ، وان اختلف العرف واللغة فكلام الاصحاب يميل الى تقديم اللغة ، ومقتضى هذا أن لغة البلد التى يقيم فيها العربى هى التى يعمل بها ويلتفت اليها ولا يعتد بعرف العربى وان كان يصاحب مقتضى الوضع العربى ، لان العرف هنا خاص (١).

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٤ .

وقال صاحب المجموع (١) ومثل هذا يقال فى اللغة الإنجليزية كقوله « توبى رايفورسد » ، فانها تحتمل الطلاق ، فاذا نـواه من لا يتكلم إلا بالانجليزية أو يتكلم بغيرها مخاطبـاً زوجته التى لاتفهم إلا الانجليزية وقع الطلاق .

ومثل هذا يقال فى اللغة الفرنسية اذا قال من لايتكلم الا بها « رنفوييه » أو يتكلم بغيرها لمن لاتحسن التخاطب الا بها فإنه يقع طلاقه اذا نواه .

---

(١) المجموع ج١٦ ص١٠٧ .

الفصل الثاني

الكناية

وقبل أن نشرع في الكلام عن وقوع الطلاق بألفاظ الكنايات وبيان آراء العلماء فيها نتعرض أولا لتعريف الكناية لغة واصطلاحا ، حتى يتضح المراد من الألفاظ ، وتدرك معانيها الحقيقية وغير الحقيقية ونعرف مدى الاطلاقات.

تعريف الكناية في اللغة :

أخذت الكناية من كنيت وكنوت ، ومذهب الكوفيين فإن المصدر مأخوذ من الفعل عندهم والفعل هو الأصل . فأما على مذهب البصريين فالمصدر هو الأصل والفعل مشتق منه ، ثم إن كانت لام الكلمة ياء وهو المشهور فهى فى الكناية أصلية كما فى النهاية والسقاية وإن كانت واو أو هى لغة فيها غير مشهورة ولهذا استشهد لها دون الياء فهى منقلبة عن الواو على غير قياس كما انقلبت الواو عنها فى جبيت الخراج جباوة واماصل جباية . والكناية لغة أن تتكلم بشيء وتريد به غيره فهى من الأسماء المقررة .

وقال صاحب المصباح : الكناية : أن يتكلم بشيء يستدل به على المكنى (١).

تعريف الكناية فى الإصطلاح :

ما استتر المراد به . أى خلاف الصريح لفظ استتر المعنى الذى أريد به .

---

(١) المصباح ص ٨٣٦ جـ ٢ .

وقيل : هو ما لم يظهر المراد به بالاستعمال ظهوراً بيناً وفساده ظاهر . ويمكن أن يضاف إلى التعريف الأول كون الإستتار تاماً .

وقال صاحب المفتاح فى تعريف الكناية : هو ترك التصريح بذكر الشيء إلى ما يلزمه لينتقل من المذكور الى المتروك [1] .

وقال صاحب فتح القدير : الكناية هى : ما خفى المراد به لتوارد الاحتمالات عليه [2] .

وعرفت الكناية فى المجموع [3] : بأنها صورة تذكر ويراد بها ما تكنى عنه وترمز اليه ومع هذا يجوز أن يراد بها معناها الأصلى .

ومن مجموع التعريفات المذكورة للكناية يتضح أن كلها تدل أن معناها الأصلى سواء كان مستتراً أو غير ظاهر ظهوراً بيناً ، أو ما خفى المراد منه تكاد هذه التعريفات أن تجمع على أن الكناية فيها خفاء .

وكنايات الطلاق بصفة خاصة هى : ما تحتمل الطلاق وغيره ولا تنصرف إلا بالنية أو بدلالة الحال .

وضابط الكنايات فى الطلاق : كل لفظ له أشعار قريب بالفراق ولم يشع استعماله شرعا ولا عرفا [4] .

---

(١) أنظر كشف الأسرار على البزدوى جـ١ ص٦٦ .
(٢) الفتح القدير جـ ٣ ص ٨٧ .
(٣) المجموع للنووى جـ١٦ ص١٠٣ .
(٤) مغنى المحتاج فى فقه الشافعية جـ٣ ص ٢٨٢ .

آراء الفقهاء فى وقوع الطلاق بالكناية

اختلف الفقهاء فى وقوع الطلاق بالكناية على قولين :

« القول الأول » أن الطلاق لا يقع بألفاظ الكنايات وهذا القول للظاهرية(١) والهيمة (٢) .

« القول الثانى » أن الطلاق يقع بألفاظ الكنايات وهذا على اتفاق ثم بعد ذلك فصلوا القول .

فقالت الشافعية : إن نوى الطلاق عند التلفظ بالكناية وقع عليها الطلاق وان لم ينو الطلاق لم يقع عليها الطلاق سواء قال ذلك فى حالة الرضا أو فى حالة الغضب ، وسواء سألته الطلاق أو لم تسأله (٣) .

وقالت الحنفية : لا تطلق المرأة بالكنايات إلا بالنية أو دلالة الحال .

وقالت المالكية : الكنايات نوعان . ظاهرة وباطنة .

فالكنايات الظاهرة هى التى جرت العادة أن يطلق بها فى الشرع أو فى اللغة كلفظ التسريح ، والفراق ، وكقوله أنت بائن أو بتة أو بتلة وما أشبه ذلك . فحكم هذا كحكم الصريح لا يحتاج الى نية .

والكنايات الباطنة ، كقوله : الحقى بأهلك ، واذهبى ، وابعدى ، واعتدى

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٠٤ .
(٢) كنز العرفان جـ ٢ ص ٢٤٩ ، الكافى جـ ٦ ص ٦٩ .
(٣) المجموع جـ ١٦ ص ١٠٤ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٢ .

واستبرئى رحمك وتقنعى وحبلك عـلى غاربك وما أشبه ذلك . فإنها تفتقر الى النية (١) .

وقال أحمد : دلالة الحال فى جميع الكنايات تقوم مقام النية .

الادلـــة

أدلة أصحاب القول الاول بأن الطلاق لا يقع بألفاظ الكناية .

لأن الله سبحانه وتعالى ذكر للتفريق بين الزوج وزوجته أو إزالة عقد النكاح ألفاظاً ذكرت فى القرآن الكريم وهى معدودة ومحدودة ، فلا داعى لأن نأتى بألفاظ لم يرد بها نص فى كتاب ولا سنة وإتياننا بألفاظ غير واردة فى كتاب أو سنة يعتبر زيادة على ما فى الكتاب والعمل بالكنايات يعتبر اجتهاد ، ولا اجتهاد مع النص .

وأيضا اذا كانت ألفاظ الطلاق الصريحة تحتاج الى نية والكنايات لا تقع إلا بنية فـــلا فرق اذاً بين صريح الطلاق وكنايته والألفاظ الصريحة يمكن لكل انسان أن ينطق بها بخلاف الكنايات فإنه قل من ينطق بها والمشهور خـــير من المهجور .

أدلة الجمهور على أن الطلاق يقع بالكنايات مع النية :

بما روى البخارى عن عائشة رضى الله عنها « أن إبنة الجون لما أدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت أعوذ بالله منك فقال لهـا « عذت بمعاذ الحقى

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٣ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٥٧ ، الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦

بأهلك ، (١) رواه ابن ماجه والنسائي بلفظ الكناية بدل ابنة الجون .

وفى حديث تخلف كعب بن مالك قال ، لما مضت أربعون يوما من الخمسين واستلبث الوحي وإذا رسول الله ﷺ يأتيني فقال : إن رسول الله ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك فقلت أطلقها أم ماذا ؟ فقال بل اعتزلها فلا تقربنها ، فقلت لامرأتي الحقي بأهلك (٢) .

استدل الجمهور بهذين الحديثين على أن الطلاق يجوز بالكناية كما يجوز إيقاعه بالصريح من ألفاظه التي مرت بك ، لكنهم اشترطوا النية في إيقاعه فيما يدل عليه كنايته . وقالوا إن الحديث الأول أفاد أن رسول الله ﷺ قال للمرأة الجونية ، الحقي بأهلك ، ناويا بذلك الطلاق وتم طلاقها بذلك ، وأفاد الحديث الثاني أن هذه الكلمة لم ينو كعب بها الطلاق فلم يقع بها شيء .

وعلى ذلك فإن ما يحتمل إفادة الطلاق بعبارة من العبارات عدا ألفاظه الصريحة التي جاءت فيه لا يقع بها الطلاق ما لم ينو الزوج وقوعه بها .

وقد رد الإمام ابن حزم على الجمهور فيما يتعلق باستدلالهم (٣) بحديث طلاق الرسول ﷺ لابنة الجون بلفظ من ألفاظ الكناية أن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يتزوجها وإنما أراد خطبتها ، فلما قالت له أعوذ بالله منك قال لها ، الحقي بأهلك ، وعدل عن خطبتها . وعلى ذلك فلم يكن هناك زواج حتى يكون طلاق بهذا اللفظ .

واستدل على ذلك بما روى عن سهل بن سعد قال ، ذكرت لرسول الله ﷺ

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٣ .
(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٣ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ١٨٨ .

امرأة من العرب فأمر أسيد أن يرسل إليها فأرسل إليها فقدمت فنزلت في أجم بني ساعدة فدخل رسول الله ﷺ فلما كلمها قالت: أعوذ بالله منك . فقال أعذت مني ؟ فقالوا لها أتدرين من هذا ؟ قالت لا . قالوا هـذا رسول الله ﷺ جاءك ليخطبك . قالت . أنا كنت أشقى من ذلك .

واستدل أيضا بمـا جاء في رواية حمزة بن أبي أسيد عن أبيه وهي تفيد مـا أفادته هذه الرواية إلا أنه جـاء في هـذه الرواية التصريح بلفظ « الحقي بأهلك » .

وقد أخذ ابن حـزم بعد ذلك يعارض الفقهاء في وقـوع الطلاق بألفاظ الكنايات مؤكدا أنها لم ترد في لسان الشرع لإيقاع الطلاق ، ولذا أنكرها ولم يقل بوقوع الطلاق بغير ألفاظه الثلاثة التي جاءت في لسان الشرع ومـا عداها لا يقع بها الطلاق وإن نواه .

واستدل الحنفية وأحمد على أن دلالة الحال تقوم مقام النية في الكنايات . بل هي أقوى منها . لأنها ظاهرة والنية باطنة ومن قال لغـيره يا عفيف أو يا عتيق أو يا بريأ من العيوب ونحوه يكون مدحا في حال تعظيمه والثناء عليه كما قال حسان يمدح النبي عليه الصلاة والسلام :

فما حملت من ناقة فوق رحلها . . . أبر وأوفى ذمـة من محمد

وفي حال الشتم والغضب يكون ذماً كما قال النجاشي يهجو قوماً :ـ

قبيلته لا يغدرون بذمتـه . . . ولا يظلمون الناس حبة خردل

وكذلك في الأفعال الحسية حتى لو أن رجلا سل سيفه وقصد إنسانا والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولا يعتبر احتمال الجد وإظهار المزح التمكن

ولو دل الحال على الجد جاز تنا، دفعا فكانت الحالة الظاهرة مغنية عن النية ومعينة للجهة ظاهرا فإذا قال لم أرد به الطلاق فقد أراد بطلان حكم الظاهر فلا يصدق قضاء كما إذا قال أنت طالق وقال نويت به الطلاق عن وثاق وعلى هذا أحكام جمة تتعلق بظاهر الحال فلا ينكرها إلا مكابر كتعيين غالب نقد البلد عند اطلاق الثمن مع اختلاف النقود وصرف مطلق النية فى الحج إلى حجة الإسلام للضرورة بدلالة حالهما وأوضح منه أن الرجل إذا قال لغيره لى عليك ألف فقال نعم لزمه ولو قال اعتقت عبدك فقال نعم عتق لاقراره به دلالة (١) .

أما المالكية الذين يفرقون بين الكنايات الظاهرة وغير الظاهرة ، ويقولون أن الأولى لا تحتاج إلى نية ، لأن الظاهرة تدل على الفراق بدون قرينة بخلاف الخفية فإنها لا تدل عليه إلا بقرينة ، والدلالة بالقرينة تعد من قبيل الخفاء ، ولأن لفظة الفراق والسراح وردتا فى القرآن الكريم فكان ظهورهما فى الدلالة على الطلاق أولى من غيرهما وفيه وضوح وذلك بمقتضى العرف الشرعى لا اللغوى .

ويمكن أن يقال للمالكية إن النية لا بد منها حتى فى الصريح وذلك بنص كتب المالكية حيث قالوا إن أركان الطلاق أهل ومحل وقصد وصيغة وما القصد إلا النية ، وأيضا إن نص القرآن على لفظى الفراق والسراح ، وإن لم يكونا عرفا لغوياً إلا أنه يكفى أنهما عرف شرعى ، وصراحة القرآن فى الدلالة عليهما تجعلهما من قبيل الصريح لا الكناية مع أن غالبية الفقهاء عدوهما من الصريح .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ح ٢ ص ٢١٥ ، الفتح القدير ح ٣ ص ٨٧ .

ألفاظ الكناية

وهى على ثلاثة أقسام :-

القسم الأول : ظاهرة أى واضحة الدلالة على معنى الطلاق وإن كانت تحتمل غيره . وهى ستة ألفاظ : خلية ، وبرية ، وبائن ، وبته وبتله ، وأمرك بيدك .

القسم الثانى : مختلف فيها : وهى ضربان :

الضرب الأول : منصوص عليها وهى عشرة الحقى بأهلك ، وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ، وأنت على حرج ، وأنت على حرام ، واذهبى فتزوجى من شئت ، وغطى شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتك .

الضرب الثانى : مقيس على هذه وهى استبرئ رحمك وحللت للأزواج وتقنعى ولا سلطان لى عليك . فهذه فى معنى المنصوص عليها .

القسم الثالث : الخفية نحو أخرجى واذهبى وذوقى وتجرعى وأنت مخلاة واختارى ووهبتك وسائر مايدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ماتقدم ذكره .

وبعد ذكر ألفاظ الكناية بجملة نشرع فى بيان هـذه الالفاظ بشىء من التفصيل وذكر مذاهب الفقهاء فى بعضها متوخين ماأمكن من ترجيح بعض الأقوال التى تتمشى مع الواقع العملى لما ينطق به الأفراد من ألفاظ الطلاق .

أما ألفاظ القسم الأول : فهى :

(أولا) الخلية : ومعنى الخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن

قيد النكاح ، وخلية من العيوب ، واستعملت الخلية فى الطلاق من قولهم ناقة خلية أى مطلقة من عقالها فهى ترعى حيث شاءت (١) .

من هذا يتضح أن لفظة خلية أحد معانيها الطلاق وإن كانت تحتمل غيره إحتمالا غير بعيد ولهذا ورد فيها كثير من الآراء الفقهية نذكرها على النحو التالى :

القول الأول : الخلية تقع ثلاث تطليقات روى من طريق عبد الله بن أحمد بن حنبل . عن أبيه عن محمد بن جعفر عن شعبة . عن عطاء بن السائب ، عن أبى البخترى . عن على بن أبى طالب قال فى الخلية إنها ثلاث . ومن طريق حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر قال فى الخلية ثلاث . وهذا قول ابن أبى ليلى ، وأبى عبيد ورواية عن أحمد بن حنبل (٢) :

ودليل ذلك أنه قول أصحاب النبى ﷺ ولم يقولوا بذلك إلا عن إقتناع بأن العدول عن لفظة الطلاق والسراح والفراق إلى غيرها مما يحتمل غير الطلاق دليل على الإمعان فى الفرقة والبعد عن الزوجة بعداً لا رجعة فيه ولا يكون الا بالثلاث فحمل لفظ الخلية يدل على ايقاع الثلاث إعتباراً بالإمعان فى قصد الفرقة .

(القول الثانى) أنها واحدة رجعية وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه والزهرى وقتادة ، والحسن ، وعطاء وهو قول أبى ثور .

واستدلوا على هذا ، بأن لفظة الخلية تحتمل معانى أخرى غير الطلاقَ واحتمالها

---

(١) المصباح المنير حـ ١ ص ٢٧٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ١٢٨ .

لها احتمالا قريباً بخلاف احتمالها الطلاق ، ولما كان احتمالها الطلاق ليس كغيره من المعانى ، كان التوسط بين الإيقاع واحتسابه واحدة لإن فى ايقاعه طلقة واحدة إعمالا لكلام العقلاء على مايه يصح ، وقصرها على واحدة ليكون أمام المطلق فرصة الرجعة ولا نمنعه عن إرتجاع زوجته بلفظ ليس صريحاً فى الطلاق .

(القول الثالث) روى من طريق حماد بن مسلمة عن مروان الأصفر قال : قال رجل لامرأته ان خرجت فأنت خلية فخرجت ففرق معاوية بن أبى سفيان بينهما ، فهذا تفريق فقط ولم يذكر أنه طلاق (١). وقوله انه تفريق نرى أنها فتوى خاصة نابعة من اجتهاد شخصى ، لأن التفريق لايكون إلا بعد اللعان وما يشابهه ، والتفريق بعينه كالطلاق سواء بسواء بل إحتسابها طلقة واحدة أولى ، لأن رجعتها بعدها ممكنة بخلاف التفريق .

(القول الرابع) أنها تقع واحدة بائنة : روى ذلك عن الحسن والنخعى لأن لفظ الخلية يقتضى البينونة للعدول إلى لفظ آخر مع إمكان نطقه بالصريح ولا يقتضى العدد ، لعدم وجود مايدل عليه ، وجعله يقتضى العدد مع أن اللفظ لم يوصف بما يدل عليه خروج عن المعروف المألوف .

(القول الخامس) يعمل بنيته ، إن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثنتين فثنتين وإن نوى ثلاث فثلاث . وهوقول ابراهيم النخعى وشريح وعطاء، ومروان وعمر بن عبد العزيز ، وهو مذهب الشافعى (٢). واسحاق بن راهوية ورواية عن الحنابلة اختارها أبو الخطاب (٣) وقال به أيضا عمر بن دينار وإن

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٩٣ .

(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٨١ ، المجموع حـ ١٦ ص ١٠١

(٣) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ١٢٨ .

كان قد زاد أنه يقع واحدة وإن لم ينو طلاقا ويدين فيما زاد على الواحدة واستدلوا على ذلك بما روى عن النبى ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » وجه الدلالة بأن قيام الزوج بالتطليق عمل من جملة الأعمال المذكورة فى الحديث فلا بد فيه من وجود النية الدالة على إرادة العدد ولا يمكن معرفة العدد إلا من جهتها لاسيما وأنه استعمل فى الطلاق لفظا يحتمله وغيره واقترانه بالنية يدل على ماقصد .

(القول السادس) أنها ثلاث فى المدخول بها وفى غير المدخول بها واحدة وهو قول ربيعة استدل على ذلك بأن اللفظ المعدول به عن سننه لابد من احتماله على أقصى مايدل عليه وأقصى مايدل عليه فى المدخول بها الثلاث ، ولو كانت المدخول بها تحتمل أكثر من هذا لدل عليه وفى غير المدخول بها لاتحتمل أكثر من واحدة لبينونتها بها ، فلا تصير محلا لغيرها لهذا لايحتمل اللفظ فى غير المدخول بها أكثر من واحدة .

(القول السابع) وهو قول مالك ، وهو أن الخلية فى المدخول بها ثلاث ولابد ، وفى غير المدخول بها إن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى اثنتين فهى اثنتان وان نوى واحدة فواحدة ولا يعرف هذا التقسيم عن أحد قبله (١) . وقول مالك ذو شقين الأول غير المدخول بها والثانى المدخول بها أما الشق الأول غير المدخول بها فانها تبين بواحـــدة حتى ولو نوى أكثر من ذلك وكذا المختلعة فانها تبين بواحدة لقوله ﷺ لثابت بن قيس إقبل الحديقة وطلقها

---

(١) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٦٢ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥ .

تطليقة .. فلو نوى أكثر من الطلقة فى غير المدخول بها ، فان محلية الزوجة منعدمة بعد إيقاع الواحدة فتصير الزيادة بلا محل .

وأما الشق الثانى وهى المدخول بها فيقع عليها ثلاث وذلك لسببين :-

(الأول) أن ذلك قول أصحاب رسول الله ﷺ فروى ذلك من على وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث كما تقدم ، وقول أصحابه حجة لاسيما وأن من القائلين بعض الخلفاء الراشدين ، وقد قال رسول الله ﷺ عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى » .

(الثانى) لأن ألفاظ الكناية تدل على البينونة والبينونة الكبرى لاتحصل إلا بالثلاث فكان ايقاع الثلاث فى المدخول بها ضرورة لحصول البينونة لأنها لاتقع إلا بهن ، والمدخول بها محل صالح لايقاع الثلاث ، فرقعن (١) .

(القول الثامن) وهو لأبى حنيفة وأصحابه (٢) وسفيان الثورى إن نوى بالخلية ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة أو اثنتين فهى واحدة بائنة فقط . قال ابو حنيفة وأصحابه فان قال لم أنو طلاقا فان كان فى ذكر طلاق لم يصدق ولزمته واحدة بائنة وإن كان فى غير ذكر طلاق صدق سواء كان فى غير غضب أو فى غضب .

دليل ذلك : إن هذه الجملة تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من التعيين ليتبين الحال ، والتعيين لايكون إلا بواحدة أو ثلاث هذا بالنسبة للحرة ، لأن الواحده أقل ما تدل عليه الجملة والثلاث أقصاها ، فلو نوى الثنتين لاتقع إلا واحدة

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢٨

(٢) تبين الحقائق الزيلعى جـ ٢ ص ٢١٠ ، الفتح القدير جـ ٣ ص ٨٩ .

لأن نية العدد فى الجنس لا تصح ، ونية الثنتين نية العدد فلا تصح إلا أن تكون المرأة أمة فحينئذ يصح نية الثنتين فى حقها لكونهما جميع جنس طلاقها كالثلاث فى حق الحرة .

وأيضا : لأن الكناية تقتضى البينونة دون العدد والبينونة قسمان صغرى وكبرى ، فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ، ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهى لا تقتضيه .

ومما تقدم يترجح لدينا أن مثل هذا اللفظ يقع به طلقة رجعية وإن نوى به ثنتان أو ثلاث وقع، والسبب فى هذا أن معتنقى هذا الرأى لاحظوا أنه لا فرق بين صريح الطلاق وكناياته ، وما يسرى على الصريح يسرى على الكناية مادام الأثر المترتب على كل منهما واحد وهو إيقاع الطلاق .

وأيضا : كون اللفظ الصريح يحتمل الطلاق ويحتمل العدد ، واحتماله على الطلاق من قريب بخلاف الكناية ، فاحتمالها الطلاق لما لا يكون كالصريح وتحتمل العدد مثله ولو لم تحتمل العدد لكانت أقل شأن من الصريح ولو كانت أقل شأن كان ينبغى ألا يقع بها طلاق .

ثانيا : البرية :

وهى فعيلة بمعنى مفعولة . ومعناها البريئة من العيوب أو البريئة عما يشين، سواء كان ما يشين ماديا أو معنويا ، ويمكن أن يكون بريئة من الحسن وهو من باب المقابلة ، بمعنى أنها بريئة عما يشين أو يزين ، يمكن أن تكون برية أى بريئة من قيد النكاح (١).

---

(١) المصباح المنير جـ ١ ص ٧٥ .

وأما البرية وأنت مبرأة منى وقد بارأتك وقد برئت منى . فقد ورد فى هذا اللفظ عديد من الآراء الفقهاء ونحن نبينها على النحو التالى :ـ

« الأول » أنها تقع ثلاث تطليقات بمعنى أنه لا رجعة لها لاستيفائها الطلقات الثلاثة ، وقد قال بهذا الرأى على ابن أبى طالب كرم الله وجهه وابن عمر رضى الله عنهما ، وزيد ابن ثابت وروى أيضا عن قتادة والزهرى والحسن وهو قول ابن وهب صاحب مالك، وهو رواية لأحمد رواه عنه عبد الله بن أحمد ولعلهم فى هذا قاسوا « برية » على « خلية » لأنهم هم الذين قالوا بهذا الرأى فى خلية ، وإن زاد عليهم من المالكية ابن وهب .

« الثانى » أن لفظ برية يقع بها واحدة وهو أحق بها وهو مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وهو قول أبى ثور وأبى سليمان وأهل الظاهر (١) وهذا القول يعتبر كالقول الثانى فى خلية وإن استجد فيه ابن عباس وأبى سليمان وأهل الظاهر .

« القول الثالث » أنها واحدة بائنة . صح عن ابراهيم النخعى أنه قال كان أصحابنا يقولون فى البرية واحدة بائنة .

« القول الرابع » أنه يرجع إلى نيته ، إن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثنتين فثنتين وإن نوى ثلاث فثلاث وقد قال به إبراهيم النخعى وأصحابه ، والشعبى وعطاء وعمر بن دينار والهاشمى (٢) .

« القول الخامس » روى عن ربيعة ومالك ، أنه فى المدخول بهـا ثلاث

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٩٤ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٨١ ، المجموع جـ ١٦ ص ١٠٢ .

ولا بد وفى غير المدخول بها واحدة إلا أن مالك قال فى غير المدخول بها إن نوى أكثر من واحدة فيكون ما نوى .

وموافقة مالك لربيعة فى غير المدخول بها ظاهر فى الواحدة ، وقوله إلا أن ينوى أكثر من ذلك فهو على ما نوى قول لا محل له لأن غير المدخول بها بعد وقوع الواحدة لا تصير محلا للطلاق فنيته الزيادة على الواحدة غير معتبرة لانعدام المحلية .

« القول السادس » قاله أبى حنيفة وأصحابه . إلا زفر ، وسفيان الثورى إن نوى ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة رجعية أو بائنة أو اثنتين رجعيتين أو بائنتين فهى واحدة بائنة لا أكثر ، قال أبو حنيفة وأصحابه : إن قال لم أنو طلاقا فان كان فى ذكر طلاق لم يصدق فان كان فى غير ذكر طلاق فهو مصدق سواء كان ذلك فى ذكر غضب أو فى غير ذكر غضب، وقال زفر كذلك إلا أنه قال وإن نوى اثنتين فهى اثنتان بائنتان (١) .

ثالثا : بائن :

البائن مأخوذة من البينونة ، والبينونة ضد الاتصال ، والانفصال له أوجه فهو قد يكون إنفصال عقدة النكاح أو الانفصال فى النسب أو الانفصال فى العمل الذى كان يجمع بينهما .

ولما كان لفظ البائن من معاينة إنفصال عقد النكاح ويقع النطق به من الزوج لزوجته فهل يقع به طلاقا أم لا ؟ اختلفت وجهات نظر الفقهاء فى هذا

---

(١) الفتح القدير ح ٣ ص ٨٩ ، الزيلعى ح ٢ ص ٢١٦ .

المعنى أو الأثر المترتب على لفظة البينونة وهو وقوع الطلاق أو عدم وقوعه ونبينه على النحو التالى :

(أولا) أن لفظ البائن إن صدر من الزوج لزوجته يقع بها ثلاث تطليقات وتبين منه ولا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره . وهذا القول مروى عن على بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت ، وعبد الرازق ومعمر والحسن والزهرى وهو قول ابن أبى ليلى والاوزاعى ، وأبو عبيد .

وقد استدلو بأن البينونة معناها قطع الصلة بين الزوج وزوجته فاقتضى أن يكون الطلاق بائناً لأن الرجعى فيه الزوجية قائمة ويملك رجعتها وكون البينونة كبرى لوقوع الثلاث ، لأن إيقاعها فيه تمام الانفصال ولا يمكن أن يكون الانفصال تاماً بوقوع الواحدة أو الثنتين لأنه يملك الرجعة حتى بعقد ومهر جديدين على فرض البينونة الصغرى فاقتضى أن تقع البينونة الكبرى لانعدام الاتصال المطلق وقيام الانفصال التام الذى لا يمكن الاتصال بعده إلا بعد نكاح زوج غيره وعدوله إلى مثل هذا اللفظ مع إمكان إيقاع الطلاق بالصريح فكان نطقه وسيلة لايقاع المقصد الذى لا اتصال بعده ، إذ الوسائل لها حكم المقاصد.

(ثانيا) تقع واحدة وهو أحق بها . روى عبد الرازق عن سفيان الثورى عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب قال فى البائنة : هى طلقة واحدة وهو أحق بها . ومن طريق عبد الرازق عن ابن جريج أن عمرو بن دينار قال فى البائنة هى طلقة واحدة ، ومن طريق حماد بن سلمة عن قيس - هو ابن عباد - عن عطاء بن أبى رباح أنه قال فى البائنة هى واحدة وهو أحق بها وهو قول أبى ثور إلا أنه قال لا ينوى ، وسواء نوى ثلاثا أو اثنتين

أو واحدة وهو قول اسحاق بن راهويه وأبي سليمان إلا أنهما قالا ان قالهم أنو طلاقا لم يكن طلاقا .

(ثالثا) هي واحدة بائنة وروي من طريق حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال في البائنة هي واحدة بائنة .

(رابعا) له نيته فان نوى ثلاثا فهي ثلاث ، وان نوى اثنتان فهي اثنتان وإن نوى واحدة فواحدة ، وإن قال لم أنوطلاقا فليس طلاقا روى من طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عطاء وهو قول الشافعي .

لأن اللفظ غير صريح في الطلاق ولا يدل على الفرقة من قريب بل دلالته عليها بطريق المعنى البعيد فلا بد من قرينة تدل على إيقاع الطلاق ومرجع ذلك إلى النيه ، وبنص الحديث « إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى » .

(خامسا) أن المدخول بها يقع بلفظة بائن ثلاث تطليقات وهو قول ربيعة والليث بن سعد بن ومالك . وأما غير المدخول بها فواحدة عند ربيعة والليث وقال مالك إن غير المدخول بها يقع ما نواه وإن كان أكثر من واحدة .

واستدلوا على ذلك . إن المدخول بها وقع عليها الطلاق من أهله واللفظ يحتمل الطلقات الثلاث لأن الزوج قد يريد إنفصام عقدة النكاح بالكلية وقطع عرى وأوصر الزوجية ، والمحل أعنى الزوجة صالح لإيقاع الثلاث ، أما غير المدخول بها فلا تقع إلا واحدة لعدم صلاحية المحل لغيرها لبينونتها بها فلم تبق محل لما زاد على الواحدة ، وقول مالك إن نوى الزيادة في غير المدخول بها عن الواحدة فهو كما نوى لم يعرف عن غيره والزوجية إنقطعت بالأولى فكيف يعتد بنيته مع انعدام المحل بعد ايقاع الأولى ، الا اذا كان بقصد

الاعتداد بنيته وان لم يقع بعد الواحدة شيء لكن هذا القصد لايعمل به ، لأن مافي نيته يخالف الواقع .

(سادساً) انه ان قال لها ذلك في غضب أو في غير غضب مالم يكن في ذكر طلاق فانه ينوى ، فان قال لم أنو طلاقا فليس طلاق ، وان قال نويت طلاقا بلا عدد ، أو قال نويت واحدة رجعية أو قال نويت واحدة بائنة أو قال نويت اثنتين رجعيتين أو بائنتين فهي في كل ذلك طلقة واحدة بائنة ولا بد ، فلو كان ذلك في ذكر طلاق فكذلك سواء سواء الا أنه لايصدق في قوله لم أنو طلاقا فقط . وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن . وقال زفر بن الهزيل بما قال به أبي حنيفة ، الا أنه قال : ان نوى اثنتين فهي اثنتان بائنتان ولابد .

ووافق على قول أبي حنيفة سفيان الثوري الا أنه لم يفرق بين ذكر طلاق وغيره ولابين غضب وغيره .

ولعل أبي حنيفة قصد أنه يقع أقل ماينطبق عليه ، وأقل ماينطبق هي الواحدة ولا تقع الثلاث لتكون البينونة صغرى ، ولو نوى الثنتين فلا يحتمله لأن اللفظ يشمل الأقل والاكثر ولا وسط فلو نوى الثنتين لايصدق وان كان زفر في رأيه أنه يشمل العدد أيضا الى جانب شموله جنس الطلاق .

رابعاً - البائن ، والبته والبتله :

(بته) بتا من باب ضرب وقتل قطعه ، وبت الرجل طلاق امرأته فهي مبتوتة والأصل مبتوت طلاقها وطلقها طلقة بتة وبتها بتة إذا قطعها عن الرجعة ، وأبت طلاقها بالألف لغة قال الأزهري ويستعمل الثلاثي والرباعي لازمين ومتعديين فيقال بت طلاقها وأبت وطلاق بات ومبت قال ابن فارس

ويقال لما لارجعة فيه لا أفعله بتة وبتت يمينه في الحلف تبت بالكسر لا فهو بتوتا صدقت وبرت فهي بتة وباته وحلف يمينا بتةوباته أي بارة وبت شهادته وأبتها بالألف جزم بها (١) .

وكذلك : البتل لأن معناه القطع ، قال الله تعالى « وتبتل إليه تبتيلاً (٢) » أي إنقطع إلى الله تعالى انقطاعاً ، ومنه سميت مريم بتولا لانقطاعها إلى الله ، ونهى رسول الله ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح فيحتمل مايحتمله البت من الوجوه .

لما كان البت والبتة معناها القطع كان للفقهاء آراء فيمن طلق بهذه الألفاظ، هل يعتبر إنقطاعا للنكاح بالكلية بمعنى أنه لارجعة فيه ؟ أو يمكن رجوعها ؟ بكل قيل ، ولكل وجهة هو موليها والسبب في هذا اختلاف الآثار المروية عن الصحابة وكذلك اختلاف الأحاديث المروية عن النبي ﷺ ، ومن ثم نذكر آراء الفقهاء ونستدل إليها .

(أولا) أن البت والبتة ثلاث تطليقات ، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . روى ذلك عن علي بن أبي طالب ، وعبدالله بن عمر ، والزهري والقاسم بن محمد ، وربيعة ومكحول ، والحسن ، وقتادة ، وعروة ابن الزبير ، وعمر بن عبد العزيز ، وسعيد بن المسيب ، وهو قول ابن أبي ليلى والأوزاعي (٣) .

واستدلوا على ذلك بما روى من طريق مسلم نا عبيد الله بن معاذ العنبري

---

(١) المصباح جـ ١ ص ٥٨

(٢) سورة المزمل الآية رقم ٨

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٩٠

نا أبي شيبة ثنا أبو بكر - هو ابن الجهم - أنه دخل على فاطمة بنت قيس فحدثته أن زوجها طلقها طلاقا باتا ، ومن طريق مسلم نا أبو بكر بن أبي شيبة نا محمد بن بشر نا محمد بن عمرو نا أبو سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس قالت كنت عند رجل من بني مخزوم فطلقني البتة وذكرت الحديث ، ومن طريق مالك عن عبدالله بن يزيد مولى الأسود ابن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها ليس لك عليه نفقة ، وذكرت الحديث (١) .

ومن طريق مسلم نا عمرو الناقد نا سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة أم المؤمنين قالت : جاءت امرأة رفاعه إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وانما معه مثل هدبة الثوب فقال عليه السلام : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك (٢) » .

يمكن الرد على هاذين الحديثين بأنها لاينبغي الاستدلال بهما على أن البتة ومايشبهها ثلاث تطليقات . وعلة ذلك :

أن الحديث المروى من طريق فاطمه أنه قد صح طلاق زوجها لها كان ثلاثا هكذا أو آخر ثلاث فوجب ضرورة أن قول من قال في خبرها البتة

---

(١) صحيح مسلم شرح النووي ﺟ ٣ ص ٦٩١ طبعة الشعب .
(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ﺟ ١١ ص ٢١٣ طبعة الحلبي .

أو بت طلاقها أو بائنا أنه إنما عنى من عند نفسه آخر الثلاث طلقات فبطل التعلق بها .

وأما حديث امرأة رفاعة فكذلك أيضا لما رويناه من طريق مسلم نا عبد ابن حميد نا عبد الرازق نا معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة أم المؤمنين أن رفاعة القرظي طلق امرأته فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن رفاعة طلقها آخر ثلاث تطليقات وذكرت الخبر ففسر عبد الرازق عن معمر ما أجمله غيره : وصح أن طلاقه لها كان آخر ثلاث تطليقات (١) .

(ثانيا) إن الطلاق بهذه الألفاظ يعتبر واحدة رجعية وهذا القول لعمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، وأبان بن عثمان وسعيد بن جبير ، وأبي ثور ، وأبي سليمان (٢) وزاد على ذلك بقوله : إن لم ينو طلاقا فليس بطلاق ، فان نوى ثلاثا أو اثنتين فهى واحدة رجعية .

دليل ذلك . روى من طريق شعبة عن أبي اسحاق الشيباني عن عبد الله ابن شداد بن الهادى عن عمر بن الخطاب قيل : البتة واحدة وهو أحق بها ، ومن طريق عبد الرازق نا ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أخبرنى محمد بن عباد بن جعفر المخزومى إن المطلب بن حنطب جاء إلى عمر بن الخطاب فقال له: انى قلت لامرأتى أنت طالق البتة فتلا عمر : « ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن (٣) » ثم تلا : « ولو أنهم فعلوا مايوعظون به لكان خيراً

---

(١) أنظر المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٩١ .

(٢) من أهل الظاهر : انظر المحلى حـ ١٠ ص ١٩١

(٣) الطلاق الآية (١) .

لهم ، (١) الواحدة تبت ارجع إلى أهلك .

وهذا القول لا دليل عليه إلا ماوره من قول عمر أو فتواه لمن جاء إليه يستفتيه ، إذاً فهو قول صحابي وفتوى صحابي ، وفيه الخلاف حتى يعتبر حجة أم لا .

(ثالثا) إنه يؤخذ بنية المطلق ويعتبر قصده ، فإن نوى واحدة فواحدة وإن قصد ثنتين فثنتين ، وإن أراد ثلاث فثلاث ، وهذا القول قال به شريح والشافعى .

ودليلهم على ذلك ، ما روى من طريق أبي داود وأبو ثور ابراهيم بن خالد الفقيه نا محمد بن ادريس الشافعى حدثنى عمي محمد بن على بن شافع عن عبد الله ابن على بن السائب عن نافع عن عجير بن عبد يزيد عن ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر رسول الله ﷺ بذلك وقال : والله ما أردت بذلك إلا واحدة فقال له عليه الصلاة والسلام : والله ما أردت إلا واحدة : فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ (٢) . فطلقها الثانية فى زمن عمر والثالثة فى زمن عثمان .

ومن طريق أبى داود نا سليمان بن داود العتكى نا جرير بن حازم عن الزبير ابن سعيد هو الهاشمى عن جده أنه أطلق امرأته البتة فأتى رسول الله ﷺ فقال ، ما أردت ؟ قال واحدة ، قال آلله قال آلله قال عليه الصلاة والسلام هو على ما أردت .

---

(١) النساء الآية .

(٢) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٦٦١ ، تحت رقم ٢٠٥١ .

ورد ابن حزم (١) على هذه الأحاديث بقوله : إذا نظرنا إلى خبر ركانة وجدناه من طريق عبد الله بن على بن يزيد عن نافع ، عن عجير وكلاهما مجهول ولو صح لقلنا به مبادرين إليه .

ثم نظرنا فى حديث الربيع بن سعيد فوجدناه ضعيفا والربيع هذا متروك الحديث فبطل التعلق بكل أثر فى هذه المسألة .

أقول ، إن كلام ابن حزم يبدو أنه لا يصح التعلق به من وجوه :

« أولا » أنه يقول عن نافع أنه مجهول ، ونافع هو حلقة فى السلسلة التى تسمى بسلسلة الذهب التى تبدأ بمالك وتنتهى بابن عمر فكيف يكون نافع مجهول حتى إذا خرج عن هذه السلسلة ، ونافع هو مولى ابن عمر، وقد وعى كثيراً من الأحاديث المروية عن النبى ﷺ .

« ثانيا » أنه إذا كان الحديث فى سنده إبهام أو ترك فانه يعد نوعا من أنواع الحديث الضعيف ، وإن الحديث الضعيف يستدل به إذا لم يكن فى الباب غيره ، أو إندرج تحت قاعدة عامة ، والقاعدة العامة موجودة وهو إنه لا عمل إلا بنية ، طبقا لحديث النبى ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » .

« ثالثا » إن السند قد يكون فيه ضعف مع أن الحديث من حيث ذاته صحيح (٢) .

« القول الرابع » صح عن ابراهيم النخعى أن البتة إن نواها طلقة فهى واحدة

---

(١) فى المحلى جـ ١٠ ص ١٩١ .

(٢) راجع مذكرة مصطلح الحديث المؤلف .

بائنة ، وإن نواها ثلاثا فهى ثلاث .

«القول الخامس» وهو أنه إن قال ذلك لمدخول بها ، فهى ثلاث ولا بد وإن قالها لغير مدخول بها فهو على ما نوى إن واحدة فواحدة وإن اثنتين فاثنتان وإن ثلاثا فثلاث وإن لم ينو عدداً فهى ثلاث ، وهو قول مالك ولا يعرف هذا عن أحد من السلف قبله (١) .

«القول السادس» أنه إن قال ذلك فى ذكر طلاق فإن نوى واحدة أو اثنتين أو لم ينو عددا فهى واحدة بائنة ، فان قال لم أنو طلاقا لم يصدق فان قال لها ذلك فى غير ذكر طلاق فكذلك سواء ، إلا أنه إن قال : لم أنو طلاقا صدق ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه إلا زفر بن الهزيل فإنه وافقهم فى كل ذلك إلا أنه قال إن نوى اثنتين فهى اثنتان بائنتان (٢) .

والراجح لدينا ما قال به الشافعى ومن وافقه وذلك لعدة أسباب :

«أولا» أن النية فى الطلاق ركن ، وعدم التعويل عليها يؤدى إلى فقدان ركن من أركان الطلاق ، وفقد الركن يؤدى إلى البطلان .

«ثانيا» إستناده إلى بعض الأحاديث التى لها مالها من القوة .

«ثالثا» أن النبى ﷺ سأل ركانة عن قصده فلما أخبره بأنه قصد واحدة ، بر بيمينه وعامله بمقتضى قصده ، وجعلها له واحدة .

---

(١) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٦٢ .

(٢) الزيلعى جـ ٢ ص ٢١٦ ، الفتح القدير جـ ٣ ص ٨٩ .

خامسا : أمرك بيدك :

لو قال الزوج لزوجته أمرك بيدك ، عده الفقهاء من كنايات الطلاق لكننا نقول : إنه يعد تفويضا من قبل الزوج لزوجته فى أن توقع طلاقها بنفسها ، ولا يعد طلاقا لا صريحا ولا كناية بل ينظر إلى الأثر المترتب على هذا التفويض فإن إختارت زوجها لا طلاق ، وإن إختارت عدم البقاء معه فإنه يعد طلاقا لا لأنه قال لها أمرك بيدك بل لأنها إختارت عدم البقاء معه ، فيكون الطلاق بالنظر إلى الأثر المترتب على تفويضه لها فى الطلاق ، وإختيارها عدم البقاء هو الطلاق بعدم موافقتها على عدم البقاء معه .

ثانيا : القسم الثانى

من ألفاظ الكنايات

الضرب الأول : المنصوص عليها .

أولا : « ألحقى بأهلك »

وهذا اللفظ عده الفقهاء من الألفاظ التى يمكن أن يقع بها طلاقا وإن كانوا قد اختلفوا فى نوعية الطلقة التى تقع على المرأة هل تعد رجعية ، أم بائن ، أم يرجع إلى نيته ؟ بكل قيل .

القول الأول : يقع بها الطلاق مع النية وهو قول عامة الفقهاء .

القول الثانى : لا يقع بها طلاقا ، وهو قول الظاهرية (١) والشيعة (٢).

هذا وإن كان جمهور الفقهاء فى جملتهم قالوا بأن الحقى بأهلك تعد من الكنايات ويقع بها الطلاق إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فى كيفية وقوع الطلاق وهل يعد بائنا أم رجعيا .

فذهب المالكية (٣) والشافعية (٤) ورواية الحنابلة (٥) أنه يرجع إلى نية

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٨ .

(٢) كنز العرفان جـ ٢ ص ٢٤٩ .

(٣) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٦٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٣ .

(٥) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٢٣٢ .

المطلق عددا ووصفا ، فإن نوى واحدة فواحدة وإن نوى ثنتين فثنتين ، وإن قصد ثلاثا فثلاث . وكذا الوصف ، إن قصد البينونة فتبين منه وإن قصدها رجعية فبها ونعمت .

وروى عن الحسن والشعبي وعكرمة والزهرى أنها واحدة رجعية .

وذهب الأحناف (١) : إلى أنه إن لم ينو طلاقا فليس بطلاق وإن نوى طلاقا اعتبروا نيته فى الواحدة والثلاث، وإن نوى ثنتان كانت واحدة إلا عند زفر بن هزيل ، فإنه نيته تعتبر فى الثنتين .

وهناك رواية للحنابلة (٢) تعتبرها ثلاث ، فهى تهمل النية فى العدد وبمجرد صدور اللفظ تنتهى كل علاقة له بزوجته .

وقد استدل القائلون بالوقوع فى جملتهم دون نظر إلى دليل كل على حده بل إننا نستدل على أن اللفظ من حيث هو يقع به طلاقا .

بما روى عن الزهرى أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين « أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت أعوذ بالله منك قال لها لقد عذت بعظيم الحقى بأهلك » (٣) .

وجه الدلالة : يدل هذا الحديث على أن النبى ﷺ طلق ابنة الجون وانفصل عنها بلفظة الحقى بأهلك فكان فعله دليلا على صحة هذا اللفظ فى الطلاق ،

---

(١) الفتح القدير جـ٣ ص ٨٩ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ١٣١ .
(٣) نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٤٣ .

وكانت هذه طلقة بائنة بمعنى أنه لم يراجعها بعد ذلك فدل هذا على كون هذا اللفظ يستعمل فى الطلاق وإن كان من قبيل الكنايات .

وأيضا قول النبى ﷺ لأسيد أكسها رازقيتين ، والحقها بأهلها ، تحمل الكسوة على أنها متعة تعطى لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم مهرها على حد قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . . . الآية (١) ولا يمكن حمل الكسوة المأمور بها أبو أسيد من قبيل النبى ﷺ إلا على هذا .

ورد المانعون من إيقاع الطلاق بهذا اللفظ أنه ليس فى هذا الخبر حجة لمن أدعى أن الحقى بأهلك لفظ يقع به الطلاق لما رويناه من طريق البخارى نا أبو نعيم هو الفضل بن دكين نا عبد الرحمن بن الغسيل عن حمزة بن أبى أسيد عن أبيه أنه كان مع رسول الله ﷺ وقد أوتى بالجونية فأنزلت فى بيت أميمة بنت النعمان بن شرحبيل فى نخل ومعها دايتها فدخل عليه الصلاة والسلام عليها فقال لها هبى لى نفسك قالت ، وهل تهب الملكة نفسها لسوقة فاهوى ليضع يده عليها لتسكن فقالت أعوذ بالله منك فقال قد عذت بمعاذ ثم خرج فقال يا أبا أسيد اكسها رازقيتين والحقها بأهلها (٢) .

ومن طريق مسلم حدثنى محمد بن سهل نا ابن أبى مريم ـ هو سعيد ـ نا محمد ـ هو ابن مطرف أبو غسان ـ أخبرنى أبو حازم عن سهل بن سعد قال ذكرت لرسول الله ﷺ امرأة من العرب فأمر أبا أسيد أن يرسل إليها فأرسل إليها

---

(١) سورة البقرة .

(٢) فتح البارى ج ١١ ص ٢٧٣ ، طبعة الحلبى .

فقدمت فنزلت فى أجم بنى ساعدة فدخل رسول الله ﷺ فلما كلمها قالت أعوذ بالله منك قال قد أعذتك منى فقالوا لها أتدرين من هذا قالت لا قالوا هذا رسول الله ﷺ جاءك ليخطبك أنا كنت أشقى من ذلك (١) .

فهذه كلها أخبار عن قصة واحدة من مرأة واحدة فى مقام واحد فلاح أنه عليه الصلاة والسلام لم يكن تزوجها بعد وإنما دخل عليها ليخطبها فبطل تعلقهم بقوله عليه الصلاة والسلام « الحقى بأهلك » ثم لو صح أنه عليه الصلاة والسلام كان قد تزوجها فليس فيه أنه عليه الصلاة والسلام ذكر أنه إنما طلقها بقوله « الحق بأهلك » ، ولا تحل النكاحات الصحاح إلا بيقين . وقد روى من طريق أحمد بن شعيب أنا سليمان ابن داود ابن وهب عن يونس بن يزيد قال: قال ابن شهاب أخبرنى عبد الرحمن ابن كعب بن مالك أن عبد الرحمن بن كعب قال: سمعت كعب بن مالك يحدث حديث تخلفه عن تبوك فذكر فيه أن رسول الله ﷺ أرسل إليه يأمره أن يعتزل امرأته قال فقلت لرسوله أطلقها أم ماذا أفعل قال لا بل اعتزلها فلا تقربها قال كعب فقلت لامرأتى الحقى بأهلك فكونى فيهم حتى يقضى الله فى هذا الأمر .

فهذا كعب لم ير الحق بأهلك من ألفاظ الطلاق ولا يعرف له مخالف فى ذلك من الصحابة رضى الله عنهم (٢) .

والذى يترجح لدينا ، هو رأى الظاهرية ومن وافقهم وذلك لعدة أسباب :

---

(١) صحيح مسلم شرح النووى جـ ٣ ص ٦٧١ طبعة الشعب ، وسنن ابن ماجة جـ ١ ص ٦٦١ تحت رقم ٢٠٥٠ ، فتح البارى جـ ١١ ص ٢٧٤ .

(٢) أنظر: المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٨ ، ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٣

« أولا » الثابت عن النبي ﷺ أنه لم يطلق وإن كان قد خير نساءه في البقاء معه أو المفارقة فإخترن البقاء جميعا وعندما أراد أن يطلق إحداهن ، وعلمت برغبته لعائشة تنازلت عن أيامها وطلبت منه الإبقاء على زوجيتها ليبقى لهـا شرف أم المؤمنين .

« ثانيا » أن لفظ الحديث أراد النبي ﷺ أن يخطبها فدخل عليها إلى آخر الحديث ، والخطبة لا تعد دخولا ولا نكاحا يرتب أثرا حتى يكون منه طلاقا، بل هي من مقدمات النكاح .

« ثالثا » أن المهاجر بن أمية تزوجها فأراد عمر رضي الله عنه أن يعاقبها . فقالت : مـا ضرب عـلى الحجاب ولا سميت أم المؤمنين فكف عنها (١) وقولها ما ضرب علي الحجاب ولا سميت بأم المؤمنين فيه دلالة صريحة من صاحبة الشأن على أنه لم يبنِ بها،ولو بنى بها لاكتسبت تسمية أم المؤمنين لكنها نفت إكتساب التسمية ، ولو تزوج بها لحرم على غيره نكاحها لكن الثابت أنه تزوجها غيره ، وهذا حرام قطعا على حد قوله تعالى « ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا إن ذلكم كان عند الله عظيما » (٢) .

« رابعا » أنه لم يتزوجها إذ لم يجر ذكر صورة العقد وامتنعت أن تهب له نفسها فكيف يطلقها .

« خامسا » أن لفظ الحقي بأهلك « لها حقيقة » ، وحقيقتها التي تتبادر إلى الأذهان وتعلق بالأفهام أن تعود إلى أهلها ولا يفهم من ذلك طلاقا لا سيما وأن

---

(١) فتح الباري جـ ١١ ص ٢٧٥ .
(٢) الأحزاب

المقام التي قيلت فيه الكلمة لم يدل لا تصريحا ولا تلميحا على أنه دخل بها ، بل الثابت أنها انزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ، ولو كان قد دخل بها أو تزوجها أو عقد عليها لدخل عليها في بيت من بيوته .

« سادسا » أن الحديث فيه اضطراب في اسم المرأة فمرة يقولون إنها إبنة الجون ومرة يقولون إنها الكنانية ، وحديث هـذا شأنه يعد ضعيفا لا يصلح للاحتجاج به .

ثانيا : حبلك على غاربك

وحبلك على غاربك يفيد من التخلية لأنهم كانوا إذا أرسلوا النوق يخلون حبلها أى مقودها على غاربها ويخلون سبيلها وهـو كالخلية ، والغارب ما بين العنق والسنام ، أى إذهبي حيث شئت .

ولما كان معناها التخلية استعملت في الطلاق ، لكن استعمالها جاء من قبيل الكنايات وليس من قبيل الصريح .

آراء العلماء فيها :-

ذهبت الشافعية ورواية لأحمد إلى أنه يرجع إلى مـا نواه بمعنى أنه إن أراد واحدة فواحدة ، وإن نوى ثنتين فثنتين وإن أراد ثلاثا فثلاث ، وعلى هذا فالواحدة والثنتين تعتبر رجعية ، وإن كان النخعى قال : بمـا قال به الشافعى لكن ورد عنه أنها طلقة بائنة ، لأن لفظها يقتضى البينونة ولا يقتضى عدداً ، وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فإنه قال يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ، ولو وقع ثلاثا لم يبح له رجعتها ، ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة في

مهرها (١) .

وقال الثورى وأصحاب الرأى إن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لأن الكناية تقتضى البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهى لا تقتضيه (٢) .

وقال ربيعه ومالك (٣) : يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا فى خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضى البينونة والبينونة تحصل فى الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضى زيادة عليها وفى غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروى عن على وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث .

ثالثا : أنت على حرام

هذه الصيغة تصدر من الناس كثيراً ويستعملونها فى الطلاق مع أنها تعد من الكنايات ، لكنها اشتهرت وانتشرت حتى صارت فى اشتهارها وإنتشارها كالألفاظ الصريحة ، الدالة على الطلاق .

من أجل هذا وقع فيها خلاف بين الفقهاء وتشعبت فيها الآراء حتى أوصلها

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٢٨ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٨٢ .

(٢) أنظر تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢١٦ .

(٣) أنظـــر : الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٥٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ .

بعضهم إلى ثمانية عشر رأيا أو عشرين ، وسبب هذا الخلاف ، أنه لم يقع فى القرآن صريحا ولا فى السنة نص ظاهر صحيح يعتمد عليه فى حكم هذه المسألة فتجاذبها العلماء فمن تمسك بالبراءة الأصلية قال لا يلزمه شيء ، ومن قال إنها يمين أخذ بظاهر قوله تعالى « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » بعد قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك » (١) ـ ومن قال تجب الكفارة وليست بيمين بناه على أن معنى اليمين التحريم فوقعت الكفارة على المعنى ، ومن قال تقع به طلقة رجعية حمل اللفظ على أقـــل وجوهه الظاهرة ، وأقل ما تحرم به المرأة طلقة تحرم الوطء ما لم يرتجعها ، ومن قال بائنة فلاستمرار التحريم بها ما لم يجدد العقد . ومن قال ثلاثا حمل اللفظ على منتهى وجوهه ، ومن قال ظهار نظر إلى معنى التحريم وقطع النظر عن الطلاق فانحصر الأمر عنـــده فى الظهار (٢) .

آراء العلماء فيمن قال لإمرأته : أنت على حرام :

وسنذكر هذه الآراء أو المذاهب مستدلين لكل مذهب عقب ذكره مباشرة. لتكون الفائدة أعم والبحث أتم .

(المذهب الأول) أن قول القائل لامرأته : أنت عـلى حرام لغـو وباطل لا يترتب عليه شيء ، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ، وبه قال: مسروق وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعطاء والشعبى وداود وجميع أهل الظاهر(٣) وأكثر

(١) سورة التحـريم

(٢) فتح البارى جـ ١١ ص ٢٨٨ طبعة الحلبى ، ونيل الأوطار جـ٦ ص ٢٩٦

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٩ .

أصحاب الحديث ، وهو أحد قولي المالكية (١) ، واختاره أصبغ ابن الفرج منهم .

واستدلوا بقوله تعالى « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام (٢) وبقوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » (٣) ، ووجه الدلالة من الآية الأولى . أن الحل والحرمة أمران يعرفان من قبل الله تعالى لأنه هو الذي ينصب الأحكام فالحلال والحرام وعلى هذا فلا يتغير حكم الحلال إلى حرام بتغيير شخص ما ، بمجرد صدور لفظ منه ، ولذا وصف الله تعالى الذين ينطقون بذلك بأن ألسنتهم إنما تصف ذلك كذباً وبهتاناً ، ولذا يقول فى هذه الآية أيضا « لتفتروا على الله الكذب » فسمى التغيير إفتراء ونص على العقوبة تباعاً حيث قال « إن الذين يفترون على الله الكذب لا يفلحون متاع قليل ولهم عذاب أليم » ، ومن ثم كان قوله أنت على حرام لغو لا أثر له .

وأما الآية الثانية : يتضح الغو من سبب نزولها ، ماروى عن زيد بن أسلم قال : « أصاب رسول الله ﷺ أم إبراهيم ولده فى بيت بعض نسائه ، فقالت يارسول الله فى بيتى وعلى فراشى ؟ فجعلها عليه حراما ، فقالت يارسول الله كيف تحرم عليك الحلال ؟ فحلف لها بالله لا يصيبها ، فنزلت - ياأيها النبى لم تحرم ماأحل الله لك (٤) .

وبالحديث الصحيح وهو قوله ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو

---

(١) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٦٢ ، الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٦ .
(٢) سورة النحل
(٣) سورة التحريم
(٤) أسباب النزول للواحدى ص ٢٩١ .

رد (١)، وجه الدلالة من هذا الحديث أن هذا اللفظ لايدل على الطلاق لا من قريب ولا من بعيد بل إنه يقلب المرأة من الحل إلى الحرمة . وهـــذا عمل مخالف للأحكام إذ الذى ينصب أحكام الحلال والحرام هو الله سبحانه وتعـالى .

(المذهب الثانى) أنها ثلاث تطليقات ، وهو قـول أمير المؤمنين على رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن على والحسن البصرى ومحمـــد عبد الرحمن بن أبى ليلى ، وحكاه فى البحر عن أبى هريرة ، وإن كان إبن القيم قد اعترض على ورود هذا الرأى عن زيد بن ثابت وابن عمر ، وقال : الثابت عنهما مارواه ابن حزم أنهمَا قالا : عليه كفارة يمين ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وروى ابن حزم عن على كرم الله وجهه الوقف فى ذلك (٢) وعن الحسن أنه قال : إنه يمـين .

واحتج أهل هذا القول بأنها لاتحرم عليه إلا بالثلاث فكان وقوع الثلاث من ضرورة كونها حراماً . وكأن هؤلاء يلزمونه بوقوع ثلاث تطليقات كى حلالا له حتى لا تحل له زوجته ، فكيف تكون كلمة واحـــدة تستنفذ ثلاث تطليقات وتزيل كل آثار الزوجية مع أن القرآن رتب هـذه الطلقات الواحدة تلو الأخرى ، وحتى لم يعملو نيته .

(المذهب الثالث) أنها بهذا القول حرام عليه . قال ابن حـزم وابن القيم فى إعـــلام الموقعين : صح عن أبى هريرة والحسن وخلاس بن عمرو وجابر

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٩٧ .
(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٩٩

ابن زيد وقتادة قال : لم يذكر هؤلاء طلاقا بل أمروه باجتنابها فقط ، وصح أيضا عن علي كرم الله وجهه .

واحتجوا على هذا القول أن لفظه إنما اقتضى التحريم ولم يتعرض لعدد الطلاق فحرمت عليه بمقتضى تحريمه .

ولعل هؤلاء قصدوا إعمال اللفظ فيما وضع له واللفظ موضوع لتحريم أى شيء على أى إنسان ، ولم يستعملوه فى غير حقيقته لأن صرفه إلى الطلاق على خلاف حقيقته ، ففيه إعمال اللفظ فى المنطوق وعدم استعماله فى المفهوم .

(المذهب الرابع) التوقف ، ومعناه الوقف فيها . قال ابن القيم : صح ذلك عن علي كرم الله وجهه ، وهو قول الشعبي .

وحجة هذا القول : أن التحريم ليس بطلاق ، والزوج لا يملك تحريم الحلال وإنما يملك السبب الذى تحرم به وهو الطلاق ، وهـذا ليس بصريح فى الطلاق ولا هو مما له عرف فى الشرع فى تحريم الزوجة فاشتبه الأمر فيه .

وهذا التوقف يعتبر فيه إهمال للفظ ولا ينتج حينئذ أثراً فلا تعرف عندئذ هل هى مطلقة أم غير مطلقة وحرام أم ليست بحرام .

(المذهب الخامس) إن نوى به الطلاق فهو طلاق ، وإن لم ينوه كان يميناً ، وهو قول طاوس والزهرى والشافعى ورواية عن الحسن وحكاه أيضا فى الفتح عن النخعى وإسحاق وابن مسعود وابن عمر .

وحجة هذا القول : أنه كناية فى الطلاق فإن نواه كان طلاقا ، وإن لم ينوه كان يميناً لقوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » إلى قوله « تحلة أيمانكم » .

(المذهب السادس) أنه إن نوى الثلاث فثلاث وإن نوى واحدة فواحدة بائنة ، وان نوى يمينا فهو يمين ، وان لم ينو شيئا فهو كذبة لا شيء فيها ، قاله سفيان وحكاه النخعى عن أصحابه .

وحجة هذا القول : أن اللفظ تابع لنيته فيئول بما ينتويه الشخص وذلك إعمالا لنيته لقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » .

(السابع) مثل سابقه ويزيد عليه أنه لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهو قول الأوزاعى .

وحجة هذا القول : ظاهر قوله تعالى ـ « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » فإن نوى به الطلاق لم يكن يمينا ، فإذا أطلق ولم ينو شيئا كان يمينا .

(الثامن) مثل السادس ويزيد عليه أنه إن لم ينو شيئا فواحدة بائنة ، إعمالا للفظ التحريم ، هكذا فى إعلام الموقعين ولم يحكه عن أحد ، وقد حكاه ابن حزم عن ابراهيم النخعى .

(التاسع) أن فيه كفارة ظهار . قال ابن القيم : صح عن ابن عباس وأبى قلابة وسعيد بن جبير ووهب بن منبه وعثمان البتى وهو إحدى الروايات عن أحمد .

وحجة هذا القول : أن الله تعالى جعل التشبيه بمن تحرم عليه ظهارا ، فالتصريح بالتحريم أولى ، قال ابن القيم : وهذا أقيس الأقوال . ويؤيده أن الله تعالى لم يجعل للمكلف التحليل والتحريم ، وإنما ذلك اليه تعالى ، وإنما جعل له مباشرة الأقوال والأفعال التى يترتب عليها التحريم ، فإذا قال : أنت على

كظهر أمي ، أو أنت علي حرام فقد قال المنكر من القول والزور وكذب على الله تعالى فانه لم يجعلها عليه كظهر أمه ولا جعلها عليه حراما فقد أوجب بهذا القول المنكر والزور أغلظ الكفارتين وهي كفارة الظهار .

(العاشر) أنها تطليقة واحدة يحق له أن يراجعها ، وهو إحدى الروايتين عن عمر بن الخطاب وهو قول حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة .

وحجة هذا القول : أن تطليق التحريم لا يقتضى التحريم بالثلاث بل يصدق بأقله ، والواحدة متيقنة فحمل اللفظ عليها .

(الحادي عشر) أنه ينوى ما أراد من ذلك في إرادة أصل الطلاق وعدده ، وإن نوى تحريما بغير طلاق فيمين مكفرة . قال ابن القيم : وهو قول الشافعي (١) .

وحجة هذا القول : أن اللفظ صالح لذلك كله فلا يتعين واحدة منها إلا بالنية . وقد تقدم أن مذهب الشافعي هو القول الخامس وهو الذي حكاه عنه في فتح الباري (٢) ، بل حكاه عنه ابن القيم نفسه .

(الثاني عشر) أنه ينوى أيضا ما شاء من عدد الطلاق ، إلا أنه إذا نوى واحدة كانت بائنة ، وان لم ينو شيئا فإيلاء ، وإن نوى الكذب فليس بشيء وهو قول أبي حنيفة وأصحابه هكذا قال ابن القيم . وفي الفتح (٣) عن الحنفية أنه إذا نوى اثنتين فهي واحدة بائنة ، وإن لم ينو طلاقا فهو يمين ويصير موليا .

---

(١) أنظر المجموع للنووي جـ ١٦ ص ١١١ .
(٢) فتح الباري جـ ١١ ص ٢٨٩ ، طبعة الحلبي .
(٣) الفتح القدير جـ ٣ ص ٩٠ .

وفى رواية عن أبى حنيفة أنه اذا نوى الكذب دين ولم يقبل فى الحكم ولا يكون مظاهرا عنده نواه أو لم ينوه ولو صرح به فقال : أعنى به الظهار لم يكن مظاهرا .

وحجة ذلك : احتمال اللفظ لكل من الخبر والانشاء ، فإن أراد الخبر صدق فقد استعمله فيما هو صالح له فيقبل منه فيكون يمينا . وذلك لقول ابن عباس اذا حرم الرجل امرأته فهى يمين يكفرها وتلا قوله « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة » (١) .

وإن أراد الانشاء سئل عن السبب الذى حرمها به .

فإن قال : أردت واحدة أو ثلاثا قبل منه لصلاحية اللفظ له لأن البينونة يمكن أن تقع بالواحدة والثلاث ولا يحتمل العدد ، وان كان زفر يقول باحتماله العدد كاحتماله لجنس الطلاق ولذا يصدق ان نوى الثنتين ، واقترانه بالنية ، وإن نوى الظهار كان كذلك لأنه صرح بموجب الظهار لأن قوله أنت على كظهر أمى موجبة التحريم، فإن نوى ذلك بلفظ التحريم كان ظهاراً واحتماله للطلاق بالنية لا يزيد على احتماله للظهار بها ، وان أراد تحريمها مطلقا فهو يمين مكفرة لأنه امتناع منها بالتحريم فهو كامتناعه منها باليمين .

وأما قولهم « ان لم ينو شيئا فإيلاء » لعله قصد حمل اللفظ على الاستعمال دائما حتى وان لم ينو شيئا ، وأوجب عليه الكفارة ان رجع خلال مدة الإيلاء المقررة عملا بقوله تعالى « فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم » وان لم يرجع خلال المدة كان طلاقا ، وهذا هو الذى ينبغى تحققه فى الإيلاء .

---

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ١١ ص ٢٩١ .

والذى نقوله إن الأحناف أرادوا إعمال اللفظ على أى الأحوال نوى أو لم ينو قصد الخبر أو الانشاء ، وكان لفظ مثل هذا يشمل جميع أنواع الفراق مع استثناء الخلع ، وأقل شيء أوجبه هى كفارة اليمين ظهاراً أو فيئاً خلال مدة الإيلاء وهذا غاية فى الحرج ، مع أن الحرج مدفوع وفى الاسلام مرفوع على حد قوله تعالى « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

(الثالث عشر) أنه يمين يكفره ما يكفر اليمين على كل حال . قال ابن القيم : صح ذلك عن أبى بكر وعمر بن الخطاب وابن عباس وعائشة وزيد ابن ثابت وابن مسعود وعبـــد الله بن عمرو وعكرمة وعطاء وقتادة والحسن والشعبى وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ونافع والأوزاعى وأبى ثور وخلق سواهم .

وحجة هذا القول : ظاهر القرآن ، فإن الله تعالى ذكر فرض تحلة الأيمان عقب تحريم الحلال ، فلا بد أن يتنا وله يقينا .

ومثل هـــذا القول : بأنها يمين مغلظة تستلزم من الكفارة نوعا معينا هو عتق رقبة والتغليظ فى نوع الكفارة قد روى عن ابن عباس وأبى بكر وعمر وابن مسعود وجماعه من التابعين .

وحجة التغليظ : أنا لمـــا كان يمينا مغلظاً استلزم تغليظ الكفارة فحده بنوع معين من الكفارة لا يتعداه إلى غيره إلا إذا تعذر وجوده لقيام الضرورة .

(الرابع عشر) أنه طلاق ، ثم إنها إن كانت غير مدخول بها فهو ما نواه من الواحدة فما فوقها ، وإن كانت مدخولا بها فهو ثلاث ، وإن نوى أقل منها

وهو إحدى الروايتين عن مالك (١) ، ورواه فى نهاية المجتهد عن على وزيد ابن ثابت .

وحجة هذا القول : أن اللفظ لما اقتضى التحريم وجب أن يترتب عليه حكمه ، وغير المدخول بها تحرم بواحدة ، والمدخول بها لا تحرم إلا بالثلاث.

والتعليل يتناقض مع الرأى، وسر التناقض هو أن غير المدخول بها إن كانت تطلق بواحدة فما هو سر اعتبار نيته فى الزيادة على الواحدة ، إذاً فقد نوى شيئاً غير معتبر كما أنه غير واقع لإنعدام صلاحية المحل فى غير المدخول بها، وكان ينبغى أن يقال : إن النية تتحقق فى المدخول بها ويقع ما نواه واحدة أو اثنتين أو ثلاث . وإن كانوا قد قصروا النية فى المدخول بها على الحد الأقصى المعتبر فى الطلاق وهو الثلاث وأهملوا ما دون ذلك ،ولا ندرى هل يعتبر النص على الحد الأقصى سمولا لما دونه أم إهمالا للأقل .

وقد رجح كثير من المتأخرين ووافقهم الشوكانى على ذلك فى نيل الأطار (٢) على أن الراجح هو المذهب الأول حيث قال ما نصه « إذا أراد تحريم العين عد لغوا . » ونحن نوافقه على أن تحريم العين لا يكون إلا بنص يدل على تحريم الذات كتحريم الخمر لعينها ، بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يمكن تحريم عين المرأة ، لأن العين إذا حرمت ، حرمت على الكل ، وأما المرأة فإن حرمت جدلا على الحالف فربما لا تحرم على غيره » ـ وأما إذا أراد به الطلاق فليس فى الأدلة ما يدل على امتناع وقوعه به ، وأما قوله تعالى ـ ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم

---

(١) الفواكه الدوانى ج ٢ ص ٦٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص .

(٢) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٩٩ ، الطبعة الأخيرة .

الكذب هذا حلال وهـــذا حرام ـ وكذلك قوله تعالى ـ يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ـ فنحن نقول بموجب ذلك .

فمن أراد تحريم عين زوجته لم تحرم ، وأما ما أراد طلاقها بذلك اللفظ فليس في الأدلة ما يدل على اختصاص الطلاق بألفاظ مخصوصة ، وعدم جوازه بما سواها ، وليس في قوله تعالى ـ فان طلقها فلا تحل له من بعد ـ ما يقضى بانحصار الفرقة في لفظ الطلاق .

وقد ورد الإذن بما عداه من ألفاظ الفرقة كقوله ﷺ لابنة الجون « الحقى بأهلك » قال ابن القيم : وقد أوقع الصحابة الطلاق بأنت حرام وأمرك بيدك واختارى ووهبتك لأهلك وأنت خلية وقد خلوت منى وأنت برية وقد أبرأتك وأنت مبرأة وحبلك على غاربك .

وأيضا : قال الله تعالى ـ « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ـ وظاهره أنه لو قال سرحتك لكفى في إفادة معنى الطلاق .

وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى جواز التجوز لعلاقة مع قرينة في جميع الألفاظ إلا ما خص فما الدليل على امتناعه في باب الطلاق ؟

وأما إذا حرم الرجل على نفسه شيئا غير زوجته كالطعام والشراب، فظاهر الأدلة أنه لا يحرم عليه شيء من ذلك ، لأن الله لم يجعل إليه تحريما ، ولا تحليلا فيكون التحريم الواقع منه لغوا ، وقد ذهب إلى مثل هذا الشافعي، وروى عن أحمد أن عليه كفارة يمين .

والذى نميل إليه ونرجحه : أن لفظ : أنت على حرام إذا صدر يقع طلقة واحدة رجعية هـذا إن نوى الطلاق ، ولا يحتمل ما فوق ذلك من الطلقات ، وسبب هذا أنه كثر وقوعه وانتشاره وراج بين الناس اشتهاره .

وأيضا : أنه تعارف على أنه طلاق والمعروف عرفا يعتبر كالمنصوص عليه سواء بسواء ، وأما كونه لا يحتمل زيادة عن الطلقة الرجعية لأن الزيادة عليها يعتبر فيهما إضرار بالطرفين ســـواء كان المطلق أو المطلقة والاضرار ناشىء بالمطلق من ناحية عدم إعطائه فرصة فى التروى والتفكير والتريس والتدبير . وأما إضراره بالمطلقة فانه يضيع عليها فرصة المراجعة ، ولا ينبغى تضييع مثل هذه الفرصة عليها .

وأيضا : اقترانه بالنية لأن النية ركن أساسى فى الطلاق الصريح فأولى به فى كنايات الطلاق ، وأما حمله على الواحدة لأنها المتيقنة والزيادة عليها مشكوك فيها ، والانفصال بين الزوجين ينبغى حمله على المتيقن وترك المشكوك فيه .

أما إذا لم ينو الطلاق فإنه يعد يمينا ، يوجب الكفارة وذلك لعدة أسباب :

(أولها) لورود الآية الدالة على ذلك وهو قوله تعالى « يا أيها النبى لما تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » وجاء فى سبب نزولها . أخبر عبد الرحمن بن أبى حامد ، أخبرنا زاهر بن أحمد، أخبرنا الحسن بن محمد ابن مصعب أخبرنا يحيى بن حكيم، أخبرنا أبو داود ، أخبرنا عامر الخزاز ، عن ابن أبى مليكة أن سودة بنت زمعة كانت لها خؤولة باليمن ، وكان يهدى إليها العسل وكان رسول الله ﷺ يأتيها فى غير يومها يصيب من ذلك العسل ، وكانت حفصة وعائشة متواخيتين على سائر أزواج النبى ﷺ ، فقالت إحداهما للأخرى : ما ترين إلى هذا ؟ قد اعتاد هذه يأتيها فى غير يومها يصيب من ذلك العسل ، فاذا دخل فخذى بأنفك ، فاذا قال مالك ؟

قولى : أجد منك ريحا لا أدرى ما هى ، فانه إذا دخل على قلت مثل ذلك ، فدخل رسول الله ﷺ فأخذت بأنفها فقال : مالك ؟ قالت : ريحا أجد منك وما أراه إلا مغافير ، وكان رسول الله ﷺ يعجبه أن يأخذ من الريح الطيبة إذ وجدها ، ثم إذ دخل على الأخرى فقالت له مثل ذلك ، فقال : لقد قالت لى هذا فلانة ، وما هذا إلا من شىء أصبته فى بيت سوده ، ووالله لا أذوقه أبداً .
قال ابن أبى مليكة : قال ابن عباس ، نزلت هذه الآية فى هذا - يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك (١) .

ومن ذكر هذا السبب يتضح عدة حقائق وهى أن نساءه دبرن له مكيدة حتى لا يدخل على سوده فى غير يومها وكان ذلك أدعى لإيقاع الطلاق عليهن ، لكن لم يوقعه ، وقد تبتن له مكيدتهن بعد ذلك .

وأيضا : لم تدل الآية على أن ذكرت أنه لا ينبغى تحريم ما أحل الله لرضاء الغير وجعلت الكفارة كفارة يمين .

(ثانيها) ما جاء فى الأحاديث :

عن ابن عباس قال : « إذا حرم الرجل امرأته فهى يمين يكفرها وقال : لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ، متفق عليه (٢) .

وفى لفظ : أنه أتاه رجل فقال ، إنى جعلت امرأتى على حراماً ، فقال : كذبت ، ليست عليك بحرام ، ثم تلا - يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك - عليك أغلظ الكفارة عتق رقبة رواه النسائى .

---

(١) راجع سبب النزول فى أسباب النزول للواحدى ص ٢٩٢ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ١١ ص ٢٩٣ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٩٥ الطبعة الأخيرة ، فتح البارى جـ ١١ ص ٢٩١

وجه الدلالة من هذه الآثار أنها تدل على أن لفظ تحريم المرأة يعد يميناً يستوجب الكفارة لاشيء غير ذلك بدليل أنه قال للرجل الذى حرم زوجته: كذبت ، ووصفه بهذا الوصف يدل على أنه إخترع شيء من تلقاء نفسه لم يكن فى قرآن ولا سنة وجعل الكفارة عليه يعتبر من قبيل عقوبة وصف الحلال بأنه حرام إذ أن الشخص لايحلل ولايحرم من عند نفسه لكن هذا متوقف على معرفته من قبل الشارع الحكيم ، وتعدد هذه الآثار يدل على اختلاف الوقائع وتعددها مع إتحاد الجزاء المقرر وهى الكفارة ، ولو كان هناك جزاء غيرها ، لقال فى واقعه كفر عن يمينك وفى أخرى طلقت لكنه لم يقل ذلك ، بل الذى قيل : هو إتحاد العقوبة مع التعدد فى الوقائع .

(ثالثا) أن لفظة « أنت على حرام » اشتهرت بين الناس وانتشرت حتى صارت تقال بمناسبة وغير مناسبة ، وجعلها طلاقا يؤدى بالناس إلى الوقوع فى الحرج ، والتكليف بما ليس فى الوسع ، وهذا مدفوع بقول الله تعالى « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » هذا من حيث جعله طلاقاً بصفة عامة ، فكيف بنا نرى أن بعض الفقهاء يجعلونه قائما مقام ثلاث تطليقات ، مع أن الشارع الحكيم جعل الطلقات الثلاث تقع على سبيل التعاقب ، وهذا هو الطلاق السنى كما سيجىء ، وإذا كان بعض الفقهاء يجعلونه طلقة بائنة ، فالبينونة معناها إنفصام عقدة النكاح وذهاب آثار الزوجية ، فلا يعود لها إلا بعقد ومهر جديدين وهذا غاية الحرج الذى قررنا إدفعه آنفا ، ومن ثم رأينا أن الشيوع والإنتشار لايخرج بها عن كونها طلقة رجعية تبيح للزوج أن يراجع زوجته دون عناء أو شطط هذا إن نوى الطلاق ،

أما إذا لم يقصده فينبغي أن يكون يميناً ، لجريان العرف بوجود هذا اللفظ وشيوعه .

وأما لو قال لها « أنت على حرج »

فالرأى عندى أنه لايقع بها طلاق بائناً أو رجعياً وإن قصد الطلاق وذلك لما يأتى :

أولا : إن قوله « أنت على حرج » بهذا التعبير يكلف نفسه شططا ومشقة والحرج مدفوع من أساسه فى سائر التكاليف أين كان نوعه ولهذا يقول الله تعالى « وماجعل عليكم فى الدين من حرج » .

ثانيا : إن التعبير بهذا اللفظ يخالف مقتضى ماأراده الشارع فى العبادات والمعاملات .

ثالثاً : التعبير بهذا اللفظ لزوجته يجعلها شيئا يتنافى بخلاف ماأراده الشارع ، فكيف يدفع الشارع الحرج مطلقا يجعل زوجته عين الحرج ، وإن كان بعض الفقهاء ربما أجروا فيها ما فى قوله « أنت على حرام » إلا أننا نرى أن البون بينهما شاسع والفرق بينهما شاسع واضح لأن الحرام وإن كان يحرم فعله إلا أنه يمكن أن يقع من المكلف وإن استوجب العقاب ، إلا أن الحرج منهى عنه لذاته لأن الشارع قد نفاه أصلا . وإن الحرج يزيد عن المشقة بكثير ، والمشقة مدفوعة فيكون الحرج دفعه من باب أولى ، قال الشاطبى (١) « أن الشاق إذا كان خاصاً بالمقدور عليه إلا أنه خارج عن المعتاد فى الأعمال العادية ، بحيث يشوش على

---

(١) أنظر الموافقات الشاطبى جـ ٢ ص ٨٤ تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد

النفوس في تصرفها ويقلقها في القيام بما فيه تلك المشقة ، إلا أن هذا الوجه على ضربين :

أحدهما : أن تكون المشقة مختصة بأعيان الافعال المكلف بها بحيث لو وقعت مرة واحدة لوجدت فيها ، وهذا هو الوضع الذى وضعت له الرخص المشهورة في اصطلاح الفقهاء كالصوم في المرض والسفر والإتمام في السفر وما أشبه ذلك .

والثانى : أن لا تكون مختصة ، ولكن اذا نظر الى كليات الأعمال والدوام عليها صارت شاقة ولحقت المشقة العامل بها ، ويوجد هذا في النوافل وحدها اذا تحمل الانسان منها فوق ما يحتمله على وجه ما إلا أنه في الدوام يتعبه حتى يحصل للنفس بسببه ما يحصل لها بالعمل مرة واحدة في الضرب الأول ، وهذا هو الموضع الذى شرع له الرفق والأخذ من العمل بما لا يحصل مللا حسبما نبه عليه نهيه عليه السلام عن الوصال وعن التنطع والتكلف ، وقال « خذوا من الأعمال ما تطيقون ، فان الله لن يمل حتى تملوا » ، وقوله « القصد القصد تبلغوا » والأخبار هنا كثيرة والتنبيه عليها موضع آخر ، فهذه مشقة ناشئة من أمر كلى ، وفي الضرب الأول ناشئة من أمر جزئى .

وإن كان التكليف خاصا بالمقدور عليه ، وليس فيه من التأثير في تعب النفس خروج عن المعتاد في الأعمال العادية ، ولكن التكليف به زيادة على ماجرت به العادات قبل التكليف شاق على النفس ، ولذلك أطلق عليه لفظ التكليف ، وهو في اللغة يقتضى معنى المشقة ، ويلزم عن هذا النوع فيه مشقة على النفس ، لأن التكليف إخراج المكلف عن هوى نفسه : ومخالفة الهوى

شاقة على صاحب الهوى مطلقاً ، ويلحق الإنسان بسببها تعب وعناء ، وذلك معلوم فى العادات الجارية فى الخلق .

وإن كان الشاطبى قد منع التكليف بالمشاق سواء كانت خارجة عن المعتاد أو لم تكن خارجة عنه ورأى أن التكليف بها يعتبر مشقة منهى عنها ، فكيف بتل نحمل الحرج المنفى فى الدين صالح لاستعمالاتنا ، فى قولنا : « أنت على حرج » لزوجته طلاقا .

رابعا : اعتدى واستبرئى رحمك

كلاهما بمعنى واحد ، لأن الأمر بالعدة المقصود منه براءة الرحم ، وهل تكون طلاقا أو لا ؟

اتفق الفقهاء على عد هذين اللفظين من كنايات الطلاق لكن الخلاف بينهم قد وقع فى عدد الطلقات التى يقع بها هذا اللفظ .

قال أبو حنيفة : إن نوى بقوله اعتدى طلاقا فهو طلاق ، وإن قال لم أنو طلاقا فإن كان فى غير غضب وفى غـــير ذكر طلاق صدق ، وإن كان فى ذكر طلاق أو فى غضب لم يصدق ولزمته طلقة واحدة رجعية سواء قال لم أنو طلاقا أو قال نويت طلاقا بلا عدد أو قال نويت طلقة رجعية أو قال نويت بائنة أو قال نويت طلقتين رجعيتين أو قال نويت طلقتين بائنتين أو قال نويت ثلاثا قالوا : فإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى فإن قال نويت طلقة واحدة أو قال لم أنو شيئا فهى ثلاث ولا بد . وإن قال نويت بالأولى طلاقا ونويت بالاثنتين الحيض صدق . قالوا فإن قال : اعتدى ثلاثا سئل عن نيته ، فإن قال نويت

واحدة تعتد لها ثلاث حيض صدق (١) .

وذهبت الشافعية (٢) إلى اعمال نية الزوج فان لم ينو طلاقا فلا يقع شيء وإن نوى طلاقا أخذ بنيته ويقع طلاقه ويسأل عن العـــدد الذى يريد واحدة أو اثنتين أو ثلاث ، لأن النية لا تعرف إلا من جهته ولقوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » .

وأما عند الحنابلة فعنهم روايتان (٣) . الأولى أنه يقع ثلاث ، والثانية توافق ما عليه الشافعية .

وذهبت المالكية إلى أنه يقع ثلاث فى المدخول بها ويرجع إلى نيته فى غير المدخول بها ، فإن لم ينو طلاقا صدق ، وإن نوى وقع (٤) .

وهناك كثير من التابعين وبعض الصحابة كابن مسعود ومن التابعين ابراهيم ومكحول والأوزاعى وعطاء وقتادة اعتبروا كلمة اعتـــدى واستبرئ رحمك طلاق .

واستدلوا بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لسودة أم المؤمنين اعتدى فكان طلاقا ثم راجعها .

وإن كان الظاهرية ومن وافقهم لم يعدوا هـذه الكلمات طلاقا وردوا مـا

---

(١) أنظر : الفتح القدير جـ ٣ ص ٩١ ، تبين الحقائق جـ ٢ ص ٢١٨ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٨١ .
(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٣١ .
(٢) الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٦٢ .

استدل به الفقهاء حيث قالوا: أنه لم يثبت عن النبي ﷺ أنه طلق امرأة من نسائه إلا حفصة فقط ثم راجعها . وأما سودة فلا . إنما جاء فيها أنها وهبت يومها وليلتها لما أسنت لعائشة رضي الله عنهما : وجاء أنه عليه الصلاة والسلام أراد فراقها فلما رغبت اليه عليه الصلاة والسلام في امساكها وتجعل يومها وليلتها لعائشة لم يفارقها فبقي من دونه عليه الصلاة والسلام هم الذين قالوا بأنها طالقة ، وليس يعتمد غير النبي ﷺ ، فبقيت الأقوال عارية عن الدليل .

وسائر الألفاظ المذكورة في القسم الثاني حكمها مثل حكم (اعتدى) .

وأما القسم الثالث وهي الخفية نحو أخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وأنت خلاة واختاري ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا واثنتان إن نواهما وواحدة إن نواها أو أطلق .

قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر ، وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو أثنتين أو ثلاثا فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك ، وإذا نص في هاتين على أنه يرجع إلى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يقع اثنتان وإن نواهما وقع واحدة خلافا لزفر وقد تقدم ذكر ذلك ، وعند المالكية فكالتفصيل المتقدم .

ويمكن :

وفي نهاية ألفاظ الكناية يمكننا أن نقول يجب أن يفرق بين العرف العام

والعرف الخاص كان كان اللفظ خاص بالحالف بمعنى أنه لا يستعمله غيره فى الطلاق فانه لا يمكن أن يقع طلاقه إلا اذا نوى به طلاقا أما إذا كان اللفظ يستعمل فى العرف العام ويقع به الطلاق فإنه يقع به طلاقا ، واحد واحده إلا اذا نوى زيادة عليها كما تقدم ولا يجب على المفتى أن يفتى مقتصرا على ما ورد من الألفاظ فى الكتب بل يجب عليه السؤال عن الأعراف والعادات لأن الأحكام المبنية على الألفاظ العرفية يتغير فيها الحكم بتغير العرف .



الفصل الثالث

اقسام الطلاق بحسب إضافته إلى الصيغة

لما كانت صيغة الطلاق هي عبارة عن الألفاظ التي تعبر عنه وتدل على معانيه ويستشف منها أهدافه ومراميه كانت الصيغة لها تأثير في الوقوع سواء كان حالا او مؤجلا أو مضافا إلى وقت من الأوقات ومن ثم كان وقوع الطلاق لا يستشف ولا يعرف إلا بحسب الصيغة لأن وقوعه قد يكون غير معروف وكما قلنا آنفا إن الألفاظ ما هي إلا قوالب تصب فيها المعاني ، ولذا انقسم الطلاق الى منجز ، ومضاف ، ومعلق .

القسم الأول : الطلاق المنجز .

وهو ما خلت صيغته من الإضافة الى زمن مستقبل أو من الإضافة الى أمر يمكن وقوعه مستقبلا أو لا يمكن ، مثل أن يقول الرجل لامرأته أنت طالق أو أنت مطلقة أو قد طلقتك .

حكم الطلاق المنجز : اذا صدر من أهله وأضيف الى محله وقع وترتب الآثار الشرعية عليه بمجرد التلفظ به .

القسم الثاني : الطلاق المضاف .

وهو الذي صيغته تفيد انشاء التصرف في الحال وتؤخر الأحكام الى زمن مستقبل .

حكم الطلاق المضاف :

لا يقع هذا الطلاق فى الحال بل يقع فى الوقت الذى أضيف اليه ، أو عند وقوع الأمر المعلق عليه بشرط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق فى الحال وأن تكون الزوجة صالحة لأن يقع عليها الطلاق فى ذلك الزمن الذى أضيف اليه .

القسم الثالث : الطلاق المعلق .

وهو جعل صيغة الطلاق جزاء وفعل الزوج أو الزوجة أو غيرهما شرطا من الشروط . وله أقسام :

وهذه الأقسام ذكرها ابن جزى فى القوانين (١) :

(الأول) أن يعلق بأمر يمكن أن يكون ويمكن الا يكون كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، وكذلك ان كلمت زيداً أو ان قدم فلان من سفره . فهذا ان وقع الشرط وقع الطلاق وإلا لم يقع اتفاقا .

(الثانى) أن يعلقه بأجل يبلغه العمر عادة أو بأمر لا بد أن يقع كقوله ان دخل الشهر أو اذا مات فلان فأنت طالق فهذا يلزمه الطلاق فى الحين ولا ينتظر به أجل الشرط خلافا للشافعى (٢) وأبو حنيفة (٣) .

(الثالث) أن يعلقه بأمر يغلب وقوعه ويمكن أن لا يقع كقوله أنت طالق

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٦ .
(٢) المجموع ج ١٦ ص ١٥٢ .
(٣) تبين الحقائق الزيلعى ج ٢ ص ٢٣١ .

إن حدث ففيه قولان ، قيل يعجل عليه الطلاق ، وقيـــل يؤخر إلى حصول شرطه وفاقا الشافعي وأبو حنيفة ، خلافا لأحمد بن حنبل .

(الرابع) أن يعلقه بشرط يجهل وقوعه ، فإن كان لاسبيل إلى علمه طلقت في الحال كقوله إن خلق الله في بحر القلزم حوتا على صفة كذا ، وإن كان يوصل إلى علمه كقوله إن ولدت أنثى توقف الطلاق على وجوده .

(الخامس) أن يعلقه بمشيئة الله تعالى ، فيقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فيقع الطلاق ولا ينفع هذا الاستثناء خلافا للشافعي وأبو حنيفة .

(السادس) أن يعلقه بمشيئة إنسان كقوله أنت طالق إن شاء زيد فيتوقف وقوع الطلاق على مشيئته ، فإن علقه بمشيئته من لا مشيئة له كالبهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين لأنه يعد هازلا .

(السابع) في تعليق الطلاق بشرط التزويج وذلك ينقسم قسمين :
القسم الأول : يلزم وهو أن يخص بعض النساء دون بعض كقوله إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن تزوجت امرأة من القبيل الفلاني أو من البلد الفلاني فهي طالق فإذا تزوجها لزمه طلاقها ، وكذلك إن ضرب لذلك أجلا وكذلك التحريم .

القسم الثاني : لايلزم وهو أن يعم جميع النساء كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق فهذا لايلزمه الطلاق عند مالك(١) ، وقال الشافعي(٢) وابن حنبل(٣)

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٧٢ .
(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣١٩ .
(٣) المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ١٨٤ .

لايلزمه طلاق سواء هم أو خص ، وقال أبو حنيفة يلزمه هم أو خص ، ولو قال متى طلقتك فأنت طالق فإذا طلقها لزمته ثلاث .

هذا التقسيم الذي أورده ابن جزى المالكي قد خالفه الحنفية وذكروا التعليق وجعلوه ينقسم إلى قسمين :ـ

القسم الأول : تعليق على فعل من الأفعال غير الزواج .

والثاني : التعليق على الزواج نفسه .

١ — أما القسم الأول فيشترط فيه :

(أولا) أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق ، وقت إنشاء الصيغة وعلمه ولا يشترط أن يكون أهلا له وقت وقوع الفعل . فاذا علق الطلاق ثم جن وقع الشيء المعلق عليه يقع طلاقه (١) لأن الصيغة إذ صدرت من أهلها مستوفية

---

(١) وقد كان فى هذا الفرع بعض الغرابة بمقتضى منطق الفقه الحنفى ، لأن هذا الفقه يعتبر التصرف المعلق غير موجود إلا بعد وجود المعلق عليه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون المطلق أهلا للطلاق عند وجود الفعل ، حتى ينشأ الطلاق وقد أجاب عن ذلك الكاساني بوجهين :ـ

(أحدهما) أن الطلاق ، ولو كان لايقع إلا عند وقوع الفعل المعلق عليه الانشاء كان وهو عاقل ، والتصرف معتمد إلى الإنشاء ولذا لا حاجة إلى صيغة جديدة .

(وثانيهما) أن المجنون أهل فى الجملة لإيقاع الطلاق إذ يحكم القاضى به . فكان كلامه السابق صالحا للاعمال بالقياس على حكم القاضى بالطلاق نيابة عنه .

وخلاصة القول أن الطلاق ، وإن كان لايقع إلا عند وقوع المعلق عليه فإن الصيغة الأولى هي السبب .

شروطها كان لها أثرها ، ولو زالت الأهلية بعد ذلك ، فإنه إذا صدرت الصيغة صحيحة تؤدى مؤداها .

(ثانيا) ويشترط أن يكون التعليق ووقوع الفعل فى حل واحد عند أئمتنا الثلاثة أبى حنيفة والصاحبين ، فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثا أو مكملا الثلاث ثم انتهت عدتها ، وتزوجها آخر ودخل بهـــا ثم طلقها ، وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الأمر المعلق عليه لا يقع الطلاق ، لأن الطلاق المعلق طلقة واحدة أو أكثر من طلقات الحل الأول الثلاث ، وقـــد زال كله فلا يمكن أن يتحقق طلاق بوجود هذا الأمر الذى كان معلقا .

ولا يشترط بقاء الزواج الذى حصل فيه التعليق ، فلو علق طلاقها ثم طلقها واحدة وانتهت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك ، ووقع الشىء المعلق عليه فإن الطلاق يقع .

وهذا كله عند أئمتنا الثلاثة ، أما زفر فقد قال : لا يشترط بقـاء الزواج ولا يشترط بقاء الحل ، فلو علق طلاقها على أمر ، ثم طلقها ثلاثاً ، وبعد زواجها بغيره ، وطلاقها منه ، وانتهاء عدتها ، تزوجها ، ووقع الشىء المعلق عليه ، يقع الطلاق لأن الرجل علق وما قيد بحل معين ، وإذا كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه ، فاذا جـاء الحل عاد ، والتعليق ما زال باقيا .

(ثالثا) ويشترط أن تكون المرأة عند وجود الصيغة والأمر المعلق عليـه صالحة لإيقاع الطلاق عليها ، بأن تكون زوجة ، أو فى عدة يقع الطلاق عليهـا فيها ، فلو كانت أجنبية عند وقوع الأمر المعلق عليه ، لا يقع شىء ، فلو قال لامرأته ، أنت طالق إن كلمت فلانا ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وكلمته لا يقع

طلاق ثان ، بل تعتبر اليمين قد انتهت ؛ فإذا جاء بعد ذلك وتزوجها ، وكلمته لا يقع شيء إلا إذا كان قد قال : كلما كلمت فلانا فأنت طالق (١) .

٢ — وإذا كان التعليق على الزواج فهو صحيح ، ولا يشترط أن تكون المرأة وقت الصيغة صالحة لإيقاع الطلاق عليها كالأمر الأول ، وهذا موضع الخلاف بين الفقه الحنفي والمالكي وغيرهما ، فإن الفقه الحنفي والمالكي في الجملة يجيزان التعليق على الزواج ، والفقه الشافعي والحنبلي لا يجيزان تعليق الطلاق على الزواج .

أساس الخلاف في هذه المسألة أن الحنفية والمالكية قالوا إن التصرف لا ينشأ بمجرد وجود الصيغة ، بل يوجد التصرف عند وجود الأمر المعلق عليه فلم يشترطوا ملكية الطلاق فعلا عند التعليق ، أما الشافعية والحنابلة ، فقد قالوا : إنه في التعليق ينشأ به التصرف في الحال ولكن يؤخر أحكامه إلى وجود الأمر المعلق ، ولذلك اشترطوا في كل تعليق أن يكون المتصرف مالكا التنجيز عند تعليقه ، وقالوا لا يصح تعليق الطلاق إلا إذا كان المعلق يملك التنجيز في الحال فإذا كان لا يملكه يعتبر كلامه لغواً ، فلا يلتفت إليه .

---

(١) وقد زاد البعض شرطا وهو أن يكون الشرط الذي علق الطلاق على حصوله معدوماً عند التعليق ، بمعنى أنه يحتمل أن يكون أو لا يكون ، فلو كان المعلق عليه موجوداً بالفعل فإنه لا يكون تعليقا بل تنجيزا ويقع الطلاق في الحال .

مثال ذلك : لو قال لزوجته إن أكلمه اليوم فأنت طالق وكانت قد أكلمته فعلا فإنه يقع طلاقها فوراً لأن ما علق عليه المطلق أمر واقع .

حكم الطلاق المعلق

لما كان التعليق ينقسم إلى قسمين ، تعليق على فعل غير الزواج أى تعليق على شرط يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق ، وهو متزوج بالفعل ، وقسم آخر هو التعليق على الزواج نفسه ، تنوع الحكم فى التعليق بسبب تنوع كل قسم على حده . ولذا نذكر حكم كل قسم على حده .

(أما حكم القسم الأول)

اختلف العلماء فى وقوع الطلاق على ثلاثة آراء .

(الرأى الأول) ويمثله جمهور الفقهاء ويقولون بوقوع الطلاق متى وجد المعلق عليه سواء كان التعليق يسمى يميناً أو لا يسمى .

(الرأى الثانى) ويمثله الشيعة ومحمد بن حزم (١) وأحمد بن يحي بن عبد العزيز من أصحاب الشافعى ويقولون إن الطلاق المعلق لا يقع أصلا سواء كان على وجه اليمين أو لم يكن .

(الرأى الثالث) ويمثله ابن تيميه وتلميذه ابن القيم (٢) ويقولون إن الطلاق المعلق إن كان قسميا يقصد به الحلف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجرى فيه كفارة اليمين إن حنث .

وإن كان شرطيا يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٣٥ - ٧١ .

أدلة الرأى الأول القائل بالوقوع مطلقا .

استدل أصحاب هذا الرأى على الوقوع مطلقا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »(١)

فهذه الآية لم تفرق بين طلاق منجز وبين طلاق معلق فالطلاق فيهما مطلق ، والأصل فى المطلق أن يجرى على إطلاقه ما لم يوجد مقيد ولا مقيد فالطلاق منجز أو معلق يترتب عليه أثره .

قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »(٢) .

هذه الآية تفيد وجوب الوفاء بجميع العقود ، والعقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام فيجب الوفاء به ومعنى الوفاء به ترتب الأثر عليه .

وأما السنة :

قال ﷺ « المسلمون عند شروطهم »(٣) .

وفى صحيح البخارى (٤) عن نافع قال طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشىء .

---

(١) سورة البقرة
(٢) سورة المائدة
(٣) أنظر نيل الأوطار جـ ٦ ص
(٤) فتح البارى جـ ١١ ص ٢٨٦ ، المحلى لابن حزم جـ ١ ص ١٨٦ .

وروى الثورى عن ابن مسعود فى رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهى طالق ففعلته قال هى واحدة وهى أحق بها .

فهذا عبد الله بن مسعود يفتى بوقوع الطلاق المعلق على وجه اليمين ولم يقل إنه باطل أو أن فيه كفارة يمين .

وأما المعقول :

فأولا : قال أصحاب الرأى إن الملك موجود فى الحال فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهـــو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين .

وثانيا : تعليق الطلاق القسمى كتعليق الطلاق على مال وبما أن الثانى صحيح اتفاقا فالأول كذلك .

أدلة الرأى الثانى القائل بعدم الوقوع مطلقا :-

أولا : قال ﷺ « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » .

اليمين بغير الله لا تجوز كما ينطق بذلك الحديث الشريف والتعليق بالطلاق يمين فلا يجوز فلا يترتب عليه الأثر .

ويمكن أن نناقش هذا بأن التعليق ليس يميناً لا شرعا ولا لغـــة وإطلاق اليمين عليه على سبيل المجاز فالمجاز لا يتناول التعليق فلا يدل على بطلانه وعدم وقوع الطلاق به .

ثانيا : الطلاق كالنكاح والنكاح لا يصح تعليقه إتفاقا فالطلاق كذلك وهذى

أن هذا القياس على فرض صحته لا اعتبار له لمعارضته لقوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم) إذ لا قياس فى مقابلة النص .

دليل الرأى القائل بالتفصيل :

قال أصحاب هذا الرأى إن الطلاق المعلق إن قصد به الحث على الفعل أو المنع منه كان يمينا وإذا كان كذلك وجبت الكفارة عند الحث عملا بقوله ﷺ « من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » (1) .

ويمكن أن يقول هنا إن الطلاق المعلق ليس يمينا لا شرعا ولا لغة وإطلاق اسم اليمين عليه على سبيل المجاز فينبغى ألا يأخذ حكم اليمين بالله بل يأخذ حكما آخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه فإن لم يحصل المعلق عليه لا يقع الطلاق ولا تجب فيه كفارة أصلا . والذى يترجح لدينا هو رأى الجمهور وذلك لقوة الأدلة وسلامتها من المعارضة وعدم خدشها بخلاف الرأيين الآخرين سواء كان المانع أو المفصل ، لأن أدلتهم تطرق إليها الخدش كما أنها عورضت بأدلة الجمهور .

الحكم الثانى : وهو خاص بالقسم الثانى .

وهو ما إذا علق الطلاق على الملك ، بأن قال إن تزوجت فلانة فهى طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق . فللفقهاء فى ذلك ثلاثة آراء .

(الرأى الأول) يقول بعدم الوقوع مطلقا خصص المعلق أو عمم وهو

---

(1) موطأ مالك ص ٢٩٦ ، سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٨٢ تحت رقم ٢١٠٨ .

الشافعي(١) ، وأحمد(٢) ، وداود(٣) .

(الرأى الثانى) يقول بالوقوع مطلقا عند حصول الشرط وهو لأبى حنيفة وأصحابه (٤) .

(الرأى الثالث) يقول إن خصص للمعلق صح التعليق وإن عمم لا يصح التعليق وهو لمالك (٥) فى المشهور عنه وربيعة والثورى والأوزاعى وابن أبى ليلى .

أدلة الـــرأى الأول

احتدل الشافعى ومن وافقه على عـــدم وقوع الطلاق المعلق على الملك بالسنة والمعقول .

أما السنة : فما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك (٦) » رواه أحمد والترمذى وابن ماجه .

وبما روى عن أحمد بن سعيد الدارمى . ثنا على بن الحسين بن واقد ، ثنا هشام ابن سعد ، عن الزهرى ، عن عروة ، عن المسور بن مخـــرمة ،على النبى

---

(١) المجموع جـ ١٦ ص ١٥٣ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣١٢ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٩٨ .
(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٣ .
(٤) الفتح القدير جـ ٣ ص ١٢٧ .
(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٧٢ .
(٦) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٠ رقم الحديث ٢٠٤٧ .

ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك (١) . وعن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال : لا طلاق قبل نكاح (٢) .

وما روى أن الرسول ﷺ سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال : « طلق مالا يملك » .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أن مجموعها يدل على نفي حقيقة الطلاق وجنسه قبل وجود القيد الذي يزيله الطلاق وهو النكاح ، ففي أحد هذه الأحاديث يسلط النفي على الجنس قبل وجود النكاح بمعنى أنه لا حقيقة له أصلا ، ومن ثم فلا وقوع له ، وفي آخر من هذه الأحاديث أنه ينفي التصرف مطلقا فيما لا يملك سواء كان طلاقا أو نذراً أو عتقاً لأن التصرف الصحيح مبني على الملك .

وأما المعقـــول :

فهو أن الطلاق حل القيد وإبطال الملك ولا قيد ولا ملكية في الأجنبية حتى يصبح حـل القيد وإبطال الملكية فلا يقع الطلاق المعلق على الملك لكونه لغواً .

وقد وردت ردود على الاستدلال بهذه الأحاديث ذكرت في الفتح (٣) .

---

(١) سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٠ تحت رقم ٢٠٤٨ . وفي الزوائد : اسناده حسن لأن علي بن الحسين بن واقد مختلف فيه ، وكذلك هشام ابن سعد وهو ضعيف ، أخرج له مسلم في الشواهد .

(٢) انظر سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٠ تحت رقم ٢٠٤٩ . وفي الزوائد : اسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف جويبر بن سعيد .

(٣) الفتح القدير جـ ٣ ص ١٢٨ .

أما من قبل الحديثين الأول والأخير فمحمول على نفي التنجيز لأنه هو الطلاق أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط .

والحل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري ، قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال ، فقال له معمر أو ليس قد جاء « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » ، قال إنما ذاك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر ويكونان تحت ملك من سماه .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي والزهري ، والأسود وأبي بكر عمرو بن حزم وأبي بكر عبد الرحمن وعبدالله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا : هو كما قال ، وفي لفظ يجوز عليه ذلك .

وقد نقل المذهب الحنفي أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين .

وأما الحديثان الأخيران فلا شك في ضعفهما ، قال صاحب تنقيح التحقيق أنهما باطلان ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب ، وفي الآخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره ، وقال ابن عدي يسرق الحديث ، بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي ، فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بهما

ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أولا كيف ومع عدم التقدير الصحة لا دلالة على نفى تعليقه بل على نفى تنجيزه .

أدلة الـــرأى الثانى :

استدل الحنفية ومن وافقهم بأقيسة متعددة هى :

أولا : قياسهم تعليق الطلاق على الملك على تعليق الظهار على الملك وتعليق على الملك جائز بالاجماع ، فكذلك تعليق الطلاق على الملك والذى دل عـــلى جواز تعليق الظهار بالاجماع ما جاء فى الموطأ (١) أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها ، فقال القاسم إن رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها فأمر عمر إن هو تزوجها الا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً .

ثانيا : قياسهم تعليق الطلاق على تعليق العتق ، فلو قال الرجل لأمته إن ولدت ولدا فهو حر عتق المولود مع عدم قيام الملك به قبل الولادة فكذلك تعليق الطلاق يقع به عند وجود المعلق عليه ولو كانت المرأة غير محل الطلاق أثناء التعليق (٢) .

ثالثا : أن الطلاق المعلق على الملك عقد تأخر ظهور أثره عند الملك قياساً على البيع بشرط الخيار ، فإن من ثبت له الخيار حق له التصرف وإن

---

(١) موطأ مالك ص ٣٤٥ - طبعة الشعب رقم ٣ فى البـاب - باب ظهار الحر .

(٢) الفتح القدير جـ ٣ ص ١٢٩ .

وقع بعد المدة المشروطة أثره إلا أنه يرجع إلى مدة الخيار، لكون ثبوت الملك بأمر وحتى فكذا الطلاق المعلق على الملك بجامع أن كل منهما تصرف صادر من الأهل متوقف على وجود المحل (١) .

أدلة الرأي الثالث :

استدل المالكية على ما ذهبوا إليه من التفصيل بالاستحسان وبناء الحكم على المصلحة فقالوا إذا عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتاً وحرجاً والشريعة ترفع الحرج والضيق عن الناس، يرشد إلى ذلك قوله تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

أما إذا خصص المعلق بأن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لا يترتب على وقوع الطلاق أنه لا يجد سبيلاً إلى النكاح كما في حالة التعميم فهو بسبيل من زواج غير من خصه بالتعليق فلا موجب لإلغاء كلامه حيث لا عنت ولا حرج (٢) .

والذي يترجح لدينا رأي الشافعية ومن وافقهم وذلك لعدة أسباب :

(أولها) أنهم استدلوا بأدلة منقولة وهي الأحاديث الواردة عن النبي ﷺ وإن وردت عليها طعون من قبل المخالفين تؤدي إلى ضعفها، إلا أن الأحاديث الضعيفة يجوز الاحتجاج بها ويصح الاعتماد عليها لا سيما إذا لم يكن في الباب غيرها .

---

(١) الفتح القدير جـ ٣ ص ١٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٧٢ .

وأيضا تندرج تحت القاعدة العامة وهى أنه لا تصرف إلا فى ملك .

وأيضا : إن العقل يتمشى فى أن الطلاق لا يقع حتى وإن علق إلا على زوجة تحت حبال الزوجية .

(ثانيا) ان استدلال الاحناف المجيزين له مطلقا اعتمدوا فى كل أدلتهم على القياس ، وقد بدا لى أنه فيه الفارق ظاهر .

من حيث القياس الأول . قاسوا تعليق الطلاق فى الملك على الظهار وبينهما فرق كبير، لأن الظهار لا يحتسب تطليقة حتى وإن كانت رجعية بخلاف الطلاق فإنه يؤدى إلى الفرقة إن كان بائنا ، ويؤدى الى احتساب المرة إن كان رجعيا ، وهذا يعتبر اقتطاع حق ثابت الزوجة وتصرف فيه قبل ثبوته لها ، والظهار يحق له العود بموجب خروج الكفارة بخلاف الطلاق .

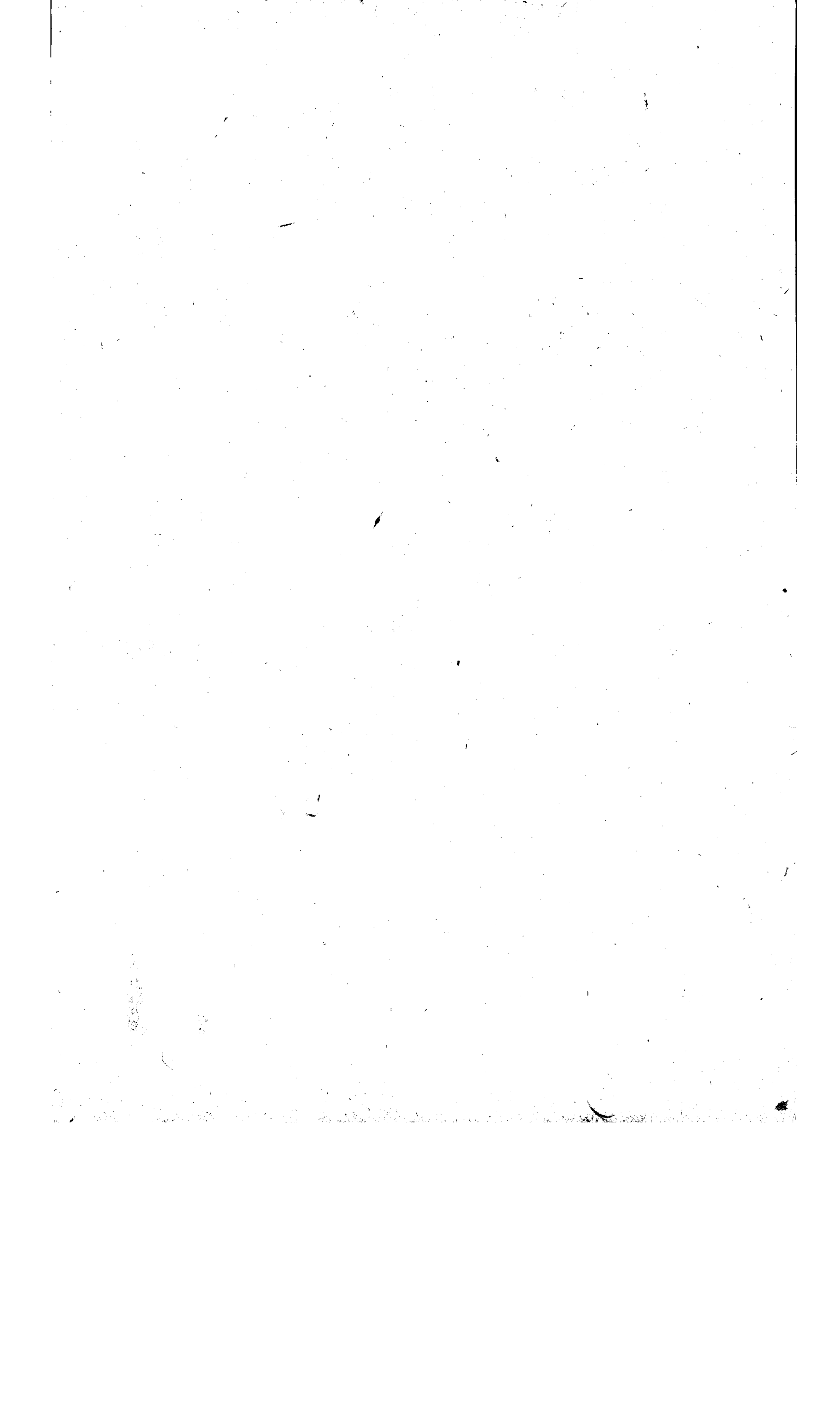
ومن حيث قياسهم الثانى : وهو قياس الطلاق على العتق ، ففيه فرق شاسع وبون كبير ، وسبب هذا أنه عندما قال لأمته إن ولدت ولدا فهو حر فانه حينئذ يملك الأمة والأمة صالحة للولادة فان الحمل وإن كان غير موجود إلا أن ما ينتج عنه الحمل موجود وداخل فى ملك المعتق ، وهذا بخلاف ما نحن فيه لأن التعليق فى الطلاق واقع على غير محل .

وأما من حيث قياسهم الثالث : وهو قياس الطلاق المعلق على الملك على البيع بشرط الخيار ، فهو فاسد الاعتبار ، لأن البيع بشرط الخيار يبيح لمن كان له الخيار أن يتصرف فى المبيع خلال المدة المحددة للخيار كما أن المدة مضروبة للاجازة أو الفسخ ، ألا ترى أنه لو اشترى قريبه وكان له الخيار عتق المبيع على المشترى وهذا دليل على دخوله فى ملكه ، بخلاف ما نحن فيه ، فان المعلق

عليه لم يكن داخلا فى ملك المطلق ، كما وأن ملكية الزوج هل تشمل المرأة كلها أو تقتصر على الاستمتاع ، وهذا أمر شرحه يطول .

— أما المالكية الذين فرقوا بين التعميم والتخصيص ففى رأيى أنهما تفرقة تحكمية لا مجال لها وسبب هذا ، أنه لا فرق فى التعليق ما إذا عمم أو خصص ؛ فإن قالوا إن المخصص معين والعام لا يتحقق فيه التعيين قلنا إن انعدام التعيين فى العام لا يؤدى الى هذه التفرقة إذا لم يقم عليها دليل من كتاب أو سنة ، كما وأننا نقول إننا لو جعلنا الطلاق المعلق على الملك نافذ لكان سيف مسلط على النساء ينتظرهن إذا ما تزوجن سلط على رقابهن فأزال نكاحهن وهذا يؤدى إلى الوقوع فى حرج شديد وضيق فى التكاليف ، والله تعــــالى يقول بشأن رفع الحرج وما جعل عليكم فى الدين من حرج والنبى ﷺ يقول .

« يسروا ولا تعسروا » وفى وقوع الطلاق المعلق فى الملك مخالفة لهذا القول ففيه العسر والمشقة .



الفصل الرابع

« أقسام الطلاق بحسب زمن صدور الصيغة »

إن صيغة الطلاق وإن كانت تصدر من المطلق إلا أن لها تأثير على المطلقة ، لأنها محل إيقاع الطلاق ، ولذا فانها تكون حدوا مشتركا بين المطلق والمطلقة ، ومن ثم فانه تبين أنه ينقسم الطلاق بحسب زمان صدور الصيغة بالنسبة للمرأة إلى سنى وبدعى .

ومع الاتفاق على أن الطلاق ينقسم الى هذين القسمين يختلفون في وضع ضابط لكل منهما يشمل الأنواع المندرجة تحته ، وهذا راجع الى اختلافهم في مفهوم كل من السنى والبدعى .

فمن ذلك مثلا الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يتفقون على أن طلاق المرأة واحدة فى طهر غير جامع فيه طلاق السنة ، فاذا طلق أكثر من واحدة فى هذا الطهر سواء كانت مجموعات أو مفرقات فأنه سني عند الشافعية وبدعي عند أهل المذاهب الثلاثة .

ولذا كان من المتعذر وضع ضابط شامل لأنواع الطلاق السنى عند الفقهاء واتجه أهـــل كل مذهب إلى وضع ضابط أو ضوابط لرؤوس مسائله وسائر أنواعه . فترى الحنابلة يقولون فى ضابطه « إن طلاق السنة هو أن يطلقها طاهرا من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضى عدتها » (١) .

---

(١) المغنى والشرح الكبير للحنابلة جـ ٨ ص ٢٣٥ طبع المنار .

أى أنه إذا أردف هذه الطلقة بأخرى فى طهر آخر كان الطلاق بدعياً عندهم وقالت بهذا المالكية أيضاً ، وهذا ما فهم من كلام الإمام ابن العربى فى توضيح ضابط الطلاق السنى إذ يقول « إن الطلاق على ضربين سنة ، وبدعة ، واختلف فى تفسيره ، فقال علماؤنا ان طلاق السنة ما جمع سبعة شروط وهى أن يطلقها واحدة ، وهى ممن تحيض ، طاهراً ، لم يمسها فى ذلك الطهر، ولا تقدمه طلاق فى حيض، ولا تبعه طلاق فى طهر يتلوه ، وخلا عن العوض» (١) .

وترى الحنفية : لا يعتبرون تفريق الطلاق على الأطهار طلاقاً بدعياً بل هو طلاق السنة . ذلك أن من البدعى عندهم أن يطلق أكثر من طلقة فى طهر واحد لا غير (٢) .

وكما يختلفون فى وضع ضابط شامل الطلاق السنى بأنواعه المختلفة يختلفون أيضا فى وضع ضابط شامل الطلاق البدعى بأنواعه المختلفة والسبب الذى دعى إلى وجود هذا الخلاف بينهم راجع الى اختلافهم فى فهم نصوص الكتاب والسنة التى عرضت الطلاق أو جاءت نصاً فيه ، كما يتضح ذلك من مراجعة معللكهم وأدلتهم .

ويجدر بنا أن نتعرض أولا قبل البحث فى اختلافات الفقهاء وسرد أدلتهم ومناقشتها وردود بعضهم على البعض الآخر أن نبين مـا هو الطلاق السنى ومـا هو البدعى حتى يكون الانسان المطلق على بينة مما يقول أو يفعل واضعين له قيود وضوابط لتحدد المعايير بهذه القيود الموضوعة .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ٢٦٤ طبع مطبعة السعادة .
(٢) راجع الفتح القدير جـ٣ ص ٢٢ .

اولا : « الطلاق السنى »

هو الذى أتبع فيه المطلق القواعد التى حددها المشرع من اختيار وقت الوقوع وكيفية اصدار الصيغة وكان ذلك بمقتضى الحاجة ، وما تدعوا إليه الضرورة .

والطلاق مع أنه بيد الرجل كما قلنا مقيد بأن يكون للحاجة ، والشارع لم يترك الأمر لتقديره من كل الوجوه ، بل سن سنة فى الطلاق لو اتبعت على وجهها ما كان طلاق إلا حيث الحاجة النفسية الحقيقية ، وسمى الفقهاء الطلاق فى هذه الحدود طلاق السنة ، أى الذى جاء على طريقة السنة .

وطلاق السنة ، وهو المشروع مقيد بقيدين :

(أحدهما) : زمانى : وهو أن يكون إيقاع الطلاق فى حال طهر الزوجة لا فى حال حيضها . وأن يكون هذا الطهر لم يدخل بها فيه ، ولا فى الحيض قبله فالطلاق فى الحيض بدعة ، إذ يروى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : يا ابن عمر ، ما هكذا أمرك الله ، فقد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر »(١) وإنما كان ذلك القيد الزمنى . لأن تطليقها فى طهر لم يدخل بها ، ولا فى الحيض قبله تطليق فى وقت تكون النفس فيه راغبة عادية ، فاذا طلق فى هذه الحال كان التطليق دليلا على استحكام النفرة ، فجعل ذلك الأمر الظاهرى دليلا على هذه الأحوال الباطنية .
ويلاحظ هنا الأمور الآتية :ـ

---

(١) صحيح مسلم ج ٣ ص ٦٦١ طبعة الشعب .

أ — أن هذا القيد ، إنما هو فى المدخول بها ، أما غير المدخول بها ، فانه يطلق فى الطهر والحيض على سواء .

ب — أن يجوز تطليقها إذا كانت حاملا فى الطهر الذى دخل بها فيه ، لأن طلاقها وهى حامل - والحمل من شأنه أن يرغب فى البقاء إذا كانت حاملا دليل على أن النفرة مستحكمة .

ج — أنه إذا كانت للمرأة إرادة فى الطلاق لا يقيد بهذا القيد ، فاذا كان الطلاق على مال أو كانت هى المفوضة فى الطلاق فان الطلاق أو الطهر الذى جامعها فيه يكون على طريقة السنة ، وكذلك الطلاق بحكم القاضى .

د — الفسخ بخيار الادراك لا يقيد أيضا بهذا القيد ، فاذا وجد سببه وقت الحيض جاز طلب الفسخ .

(ثانيها) يتعلق بالعدد والوصف ، وذلك بألا يطلقها إلا طلقة واحدة رجعية فى الطهر الواحد ، ويتركها حتى تنتهى عدتها ، ويسمى هذا طلاق السنة الأحسن ، ويوجد عند الحنفية طلاق السنة الحسن ، وهو دون هذا فى الرتبة ، وذلك بأن يطلقها فى استقبال كل طهر طلقة واحدة رجعية، حتى تنتهى الطلقات الثلاث فى مدة العدة .

ونرى من هذا ، أن الحنفية يعتبرون طلاق السنة بالنسبة للعدد مرتبتين : إحداهما الأحسن ، ويكون واحدة لا يتجاوزها ، حتى تنتهى العدة ، والحسن يتكرر فى ثلاثة أطهار ، وحجتهم فى اعتبار القسم الأخير من السنة أنه ورد فى بعض الروايات أن النبى ﷺ قال لابن عمر : « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا ، فتطلقها لكل طهر تطليقة » .

ثانيا : « الطلاق البدعى »

هو ضد السنى : ونستطيع أن نقول : هو ما كان فيه المطلق مخالفاً السنة أو نقول : بأنه ما خالف فيه القواعد التى حددها الشارع للطلاق أو لم تدعوا إليه ضرورة . وينقسم إلى ثلاثة أقسام :-

القسم الأول : وهو الطلاق الذى ترجع بدعته إلى العدد بأن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة رجعية فى حال الحيض أو النفاس أو فى طهر حصل فيه أو فى الحيض قبله وقاع .

القسم الثانى : وهو الطلاق الذى ترجع بدعيته إلى العدد بأن يطلق الرجل المرأة ثلاثاً دفعة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد لا وقاع فيه ولا فى الحيض قبله أو مفرقة فى مجلس واحد .

القسم الثالث : وهو الطلاق الذى ترجع بدعيته إلى الصفة بأن يطلق الرجل امرأته المدخول بها طلاقا بائنا فى طهر لا وقاع فيه ولا فى الحيض قبله ، فاذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا فى طهر لم يجامعها فيه وقع الطلاق وكان الزوج عاصيا لمخالفته السنة .

مواضع اتفاق الفقهاء واختلافهم في السني والبدعي

بعد ذكر أقسام الطلاق إلى سني وبدعي ، وبيان أنواع كل من القسمين ، رأينا أن نذكر ما اتفق عليه الفقهاء ، وما اختلفوا فيه والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في فهم الآيات الواردة بشأن الطلاق . وبمراجعة أقوالهم يمكننا أن نحصر مواضع الاتفاق والاختلاف بينهم .

وإليك بيان ما اتفقوا عليه :

أ — يعتبر طلاقاً سنياً طلاق المدخول بها طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه ، ولم يتبعها في العدة بطلقة أخرى .

ب — الطلاق في الحيض أو النفاس أو في طهر مسها فيه إذا كانت غير حامل بدعي .

ج — أن طلاق غير المدخول بها ليس سنيا ولا بدعيا من جهة الوقت إلا ما روى عن زفر من أن طلاقها في الحيض بدعي كالمدخول بها .

وقد اختلفوا في الطلاق السني والبدعي من جهة العدد في المدخول بها من ذوات الحيض على النحو الآتي :—

١ — عند الشافعية الجمع والتفريق سواء ، وكله طلاق السنة وليس عندهم في الجمع بدعة ، ولا في التفريق سنة (١) .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ٣١١ ، المجموع ج ١٦ ص ١٥٥ ، كفاية الأخيار ج ٢ ص ٨٦ .

٢ — أما فقهاء المذاهب الثلاثة فقد ذهبوا إلى أن جمع الطلاق أو تفريقه في طهر واحد بدعة .

٣ — وذهب الحنفية إلى أن تفريق الطلاق على الأطهار سني ولا بدعة فيه(١).

٤ — واتفق المالكية والحنابلة على أن تفريق الطلاق على الأطهار بدعي والسنة أن يطلق واحدة لا غير في غير حيض ولا في طهر جامع فيه ، ولا يتبع هذا بطلاق آخر في طهر ثان أو ثالث(٢) ، وفي رواية عند الحنابلة أنه لو طلق ثلاثا في طهر لم يجامع فيه كان طلاقا للسنة وكان تاركا للاختيار (٣) .

٥ — ووافق ابن حزم الشافعية في أنه ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة إلا أنه قال ، فإن طلقها طلقة أو طلقتين في طهر وطئها فيه أو في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق ، وهي امرأته كما كانت إلا أن يطلقها كذلك ثالثة أو ثلاثا مجموعة فيلزم (٤) ، .

وكما اختلفوا في السني والبدعي بالنسبة للمدخول بها من ذوات الحيض فقد اختلفوا في غير المدخول بها والصغيرة والآيسة والحامل وخلاصة خلافهم في ذلك :

أن الحنفية يرون أن طلاق السنة في غير المدخول بها يكون من ناحية العدد فلا يطلقها أكثر من واحدة . أما من ناحية الوقت فليس في طلاقها سنة

---

(١) الفتح القدير حـ٣ ص ١٣ . تبيين الحقائق للزيلعي حـ ٢ ص ١٨٨ .
(٢) المغني للحنابلة حـ ٧ ص ٩٨ ، وتفسير ابن العربي حـ ٢ ص ٢٦٤
(٣) راجع المغني للحنابلة حـ ٧ ص ٩٨ .
(٤) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٩١ طبع المطبعة المنيرية .

ولا بدعة (١) ووافقهم فى هذا المالكية (٢) والحنابلة (٣) وخالف فى هـذا الشافعية وأهل الظاهر ، وقالوا : ليس فى الزيادة على الواحدة بدعة .

- أما طلاق الآيسة والصغيرة فقد ذهب الحنفية إلى أنه يكون سنيا وبدعيا من ناحية العدد فالسنى ألا يطلق أكثر من طلقة فى كل شهر وعند الأئمة الثلاثة أنه لا سنة ولا بدعة فى طلاقها من ناحية الوقت أيضا ، وفى العدد قالت المالكية والحنابلة لايطلق إلا واحدة فى أثناء العدة .

وأجاز الشافعية وقوع الطلاق مفرقا ومجموعا .

وأما طلاق الحامل فقال أبو حنيفة وأبو يوسف هى كالآيسة والصغيرة يكون طلاقها سنيا بواحدة أو بثلاث فى ثلاثة أشهر ، وقال محمد وزفر لايكون سنيا إلا بواحدة ، وقالت المالكية والحنابلة السنة فيه من ناحية العدد فلا يطلق إلا واحدة ولا يتبعها بأخرى فى العدة ، وقالت الشافعية وأهل الظاهر لا يوصف طلاقها بسنة ولا بدعة .

الأدلة

إذا وضح هذا فإنا نسوق أمامك ما استدل به كل فريق على ما ذهب إليه .

---

(١) الفتح القدير جـ ٣ ص ٢٨ ، الزيلعى جـ ٢ ص ١٩١ .
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦١ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٥٩ .
(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ١٠٥

دليل الشافعية

على أن تفريق الطلاق وجمعه سنة

استدل الامام الشافعى ومن وافقه على أن تفريق الطلاق وجمعه سنة بالكتاب والسنة والمعقول .

فأما الكتاب : فقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء » الآية .

وقوله تعالى « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » فلم يقيد الله الطلاق فى هاتين الآيتين بعدد مخصوص وعلى هذا فإن الزوج له أن يوقع الطلاق واحدة أو أكثر وهذا حقه بصريح الكتاب .

واستدلوا كذلك بقول الله تعالى « الطلاق مرتان » فقالوا إن الله أباح المطلق أن يوقع طلقتين معا . من غير فصل بينهما فإذا جاز له هذا جاز له أيضا أن يوقع الثلاث مجموعة أو مفرقة بدليل إطلاقه فى الآيتين السابقتين .

أما دليلهم من السنة . فما رواه سهل بن سعد قال « لما لاعن أخو بنى عجلان امرأته قال : يارسول الله ظلمتها إن أمسكتها هى الطلاق وهى الطلاق (١) » رواه أحمد .

وقالوا لم ينكر الرسول ﷺ عليه ذلك فدل هذا على جواز وقوع الثلاث جمعا أو تفريقا وأن ذلك طلاق السنة .

واستدلوا بما جاء فى بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس « طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله نفقة ولا سكنى (٢) » وقالوا إن رسول

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٦ الطبعة الأخيرة .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٣ ص ٦٦٤ طبعة الشعب .

الله ﷺ لم ينكر عليه فدل هذا على جواز إيقاع الثلاث مجموعات أو مفرقات وأنه طلاق السنة .

واستدلوا أيضا : بأن عبد الرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر ثلاثا في مرضه . وقالوا لو كان جمع الثلاث غير مباح لما فعله صحابي جليل مثل عبد الرحمن ابن عوف وهذا دليل على أن جمع الثلاث أو تفريقها حق للزوج وأنه لا دليل على حظر الثلاث معا أو مفرقة في طهر واحد .

أما المعقول فقد قالوا : إنه يحق للزوج أن يطلق نسائه الأربع بكلمة واحدة وهو طلاق سني اتفاقا فكذلك إذا جمع الثلاث لزوجة واحدة لانعدام الفارق بين الحالين .

دليل الحنفية

على أن التفريق سنة والجمع بدعة

استدل الحنفية أيضا بالكتاب والسنة والمعقول :-

أما الكتاب : فقوله تعالى « الطلاق مرتان » قالوا وهذا وإن كان ظاهره الخبر إلا أن معناه الأمر ونظير ذلك في كلام الله « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فهذه عبارات جاءت بصيغة الإخبار والمراد بها الأمر ، وقوله تعالى « الطلاق مرتان » واضح في الأمر بتفريق الطلاق لا محالة لأنه لو طلقها اثنتين معا لما جاز أن يقال طلقها مرتين ، لأن لفظ مرتين يقتضي أن يكون الطلاق واحدة بعد أخرى ولأنه لو دفع لرجل درهمين مرة واحدة لا يقال إنه أعطاه مرتين حتى يفرق الدفع ، وحينئذ يقال إنه أعطاه مرتين .

ومن هذا يعلم أن هذه الآية الكريمة صريحة في الأمر بتفريق الطلقات وأن الجمع بدعة تخالف ما تضمنته الآية .

هذا وإن كانت الآية لم تتعرض لوقت وقوع الطلاق إلا أن آية أخــرى تكفلت به وهي قول الله تعالى « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » والآية صريحة في بيان الوقت الذي يكون فيه الطلاق مسنونا وهو أن يطلقها لتستقبل بالطلاق عدتها وهذا لا يتأتى إلا إذا طلق في غير حيض أو في طهر غير مجامع فيه ، وقد بين رسول الله ﷺ الطلاق الذي تستقبل به المرأة العدة في قوله لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض « ما هكذا أمرك الله ، إنما طلاق العدة أن تطلقها طاهرا من غير جماع أو حاملا ، وقد استبان حملها فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء (١) .

وأما السنة : فقد استدلوا بما رواه محمود بن لبيد بن رافع الأنصاري الأشهلي قال « أخبر النبي ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ، ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله (٢) » رواه النسائي ورواته موثقون . فدل هذا الحديث على أن جمع الثلاث أمر مخالف للسنة ، إذ لو كان هذا موافقا للسنة لما غضب الرسول من تصرف الرجل .

واستدلوا كذلك بما روى أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ ، فقال النبي « أخطأت السنة ، ما هكذا أمرك ربك إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا لكل طهر تطليقة

---

(١) صحيح مسلم شرح النووي حـ ٣ ص ٦٦٢ طبعة الشعب .
(٢) سبل السلام حـ ٣ ص ١٣٨ طبع الحلبي .

فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء (١) فأخذوا من هذا الحديث أن الرسول ﷺ قدر الطلاق المدة بتفريقه على الأطهار لمن شاء أن يطلق ثلاثا وأخبر عليه الصلاة والسلام بأن ذلك من السنة ، وعلى ذلك فجمع الطلاق فى طهر واحد بدعة تخالف السنة واستدلو كذلك بما رواه مجاهد عن ابن عباس رضى الله عنهم ، أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة مرة فقال : عصيت ربك وفارقت امرتك ، ولم تتق الله فيجعل لك مخرجاً (٢) .

وأما المعقول : فقالوا إن الله تعالى لم يبح الطلاق إلا بمقدار مايدفع الضرر وحظر مايزيد على ذلك ليكون الباب مفتوحاً أمام الزوج لرد زوجته متى ظهر أن فى العودة مصلحة ، أما طلاقها ثلاثا فأنه يسد باب الرجعة عند الندم ولذا كان من السنة أن يفرق الطلقات على الاطهار لتكون لديه فرصة لمراجعة نفسه هل يمكنه أن يصبر عنها فإن لم يمكنه راجعها ، وان أمكنه طلقها تطليقة أخرى فى الطهر الثانى ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة فى الطهر الثالث فيحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالباً ، فكان إيقاع الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث طلاقا للحاجة فكان مسنونا ، على أن الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمرا باطناً لايوقف عليه إلا بدليل فيقام الطهر الخالى عن الجماع مقام الحاجة إلى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فينبنى الحكم عليه .

هذا ومع أن الحنفية يرون أن تفريق الطلقات على الأطهار طلاق سنى ، لما تقدم من أدلتهم إلا أنهم سموا هذا النوع بالطلاق الحسن ؛

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ٨٩ ، صحيح مسلم جـ ٣ ص ٦٥٩ .
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٨ الطبعة الأخيرة .

وهناك ما هــو أحسن منه ، وهو أن يطلقها طلقة واحدة رجعية فى طهر لا جماع فيه ، ولا طلاق ولا فى حيضة طلاق ويتركها حتى تنقضى عدتها وهذا اختيار النخعى (١) .

دليل المالكية والحنابلة

على أن تفريق الطلاق على الأطهار بدعى والسنة أن يطلق واحدة لا غير فى غير حيض ولا فى طهر جامع فيه ، ولا يتبع هذا بطلاق آخر فى طهر ثان أو ثالث . ومن الكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى « الطلاق مرتان » ووجه استدلالهم من الآية أنها تفيد شيئين . الأول : أن تكون أمرا بصفة الطلاق ـ أى أنها خبر فى معنى الأمر ـ كما قال الحنفية ـ والأمر يقتضى الوجوب ـ والثانى : أن يكون المراد بالآية الأخبار عن صفة الطلاق الشرعى (٢) .

وعلى كلا الاعتبارين يكون من أوقع طلقتين أو ثلاثا مما مخالفا لما أوضحه القرآن الكريم فى أمر الطلاق إذ جعله طلقة تستقبل بها المرأة العدة ولا يطلق فيها غيرها ومن يخالف ذلك يكون مطلقا لغير السنة .

أما دليلهم على أن تفريق الطلقات فى طهر واحد أو على الأطهار ليس من السنة فى شىء ، فخلاصته أن الله تعالى يقول « فطلقوهن لعدتهن » وهذا يقتضى إيقاع طلاق يعتد به ، والطلقة الثانية لا عدة لها فلا يتناولها الأمر بصفة

---

(١) راجع البدائع حـ ٣ ص ٨٩ .
(٢) المنتقى للباجى شرح موطأ مالك حـ٤ ص ٣ .

الطلاق (١) » .

يقول الإمام مالك رضي الله عنه « لا أعرف طلاقا للسنة إلا أن يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها (٢) » .

ووجهة نظر الإمام مالك رضي الله عنه أن الطلاق المسنون هو الذي تندفع به الحاجة ، والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة ، فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث تطليقا من غير حاجة ، وإذا كان لغير حاجة كان طلاقا بدعيا .

جاء في المغني والشرح الكبير للحنابلة ، أن طلاق السنة أن يطلقها واحدة وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها ، وقال إن هذا مذهب جمع من الصحابة منهم الإمام علي وابن مسعود فقد روى ابن عبد البر بإسناده عنه أي - عن ابن مسعود - أنه قال « طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، أو يراجعها إن شاء (٣) » .

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة الشافعية :

أما وقد استوعبنا أدلة الفقهاء في هذا الخلاف فأنا نناقشها فنقول :-

إن ما استدل به الشافعية رضي الله عنهم من أن بعض الآيات الكريمة يستفاد منها جواز إيقاع الطلاق ثلاثا مجموعا أو مفرقا يرد عليه بأن هذه

(١) المنتقى جـ ٤ ص ٥ .
(٢) البدائع جـ ٢ ص ٨٩ .
(٣) المغني والشرح الكبير جـ ٨ ص ٢٣٧ .

الآيات لم تسق لبيان جمع الطلاق أو تفريقه وإنما سيقت لبيان أحكام مترتبة على الطلاق فإنه قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » جاء لبيان جواز طلاق غير المدخول بها التي لم يسم لها مهر والحكم المترتب على ذلك .

وقوله تعالى « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » جاء للارشاد إلى الوقت المناسب لوقوع الطلاق وهو الذى تستقبل معه المرأة عدتها عقب الطلاق مباشرة .

وأما استدلالهم بقوله تعالى « الطلاق مرتان » على أن الله أباح للمطلق أن يوقع طلقتين معاً من غير فصل بينهما ، فهذا لاتفيده الاية لأنها ذكرت أن الطلاق مرتان ، ولم تقل اثنتين أو طلقتين وفرق بين ما يفيده اللفظ الأول وما يفيده اللفظان الآخران من معان . فالأول : يفيد أن الطلاق الذى أمر الله به أو الطلاق المشروع واحدة يحصل بها انفصام عرى الزوجية وهكذا إذا راجعها وأراد طلاقها يطلق واحدة لا غير ، حتى تبين منه أما اللفظان الآخران فإنهما يفيدان جواز الجمع بين الطلقتين ، ولما كان تعبير القرآن بكلمة « مرتان » كان لا مندوحة إذن عن التزام ماتفيده هذه اللفظة من معنى ولا يجوز العدول عما تفيده إلى التأويل فى معناها مادام فهمها على حقيقتها غير متعذر ولا نص هناك يتعارض مع هذا الفهم .

وقد يقال إن سبب نزول هذه الآية يشير إلى أن المراد بالمرتين فى الآية الإخبار عن الطلاق الرجعى الذى يكون الزوج بعده حق مراجعة زوجته فى

---

(١) البقرة الآية ٢٣٦ .

العدة ولا دلالة فيها على تفريق الطلقتين ، وذلك لما روى عن عروة عن أبيه قال « كان الرجل يطلق ماشاء ثم إن راجع امرأته قبل أن تنقضى عـــدتها كانت امرأته ، فغضب رجل من الأنصار على امرأته فقال لها لا أقربك ولا تحلين منى . قالت له . كيف ؟ قال : أطلقك حتى إذا دنا أجلك راجعتك ، ثم أطلقك. فإذا دنا أجلك راجعتك ، قال : فذكرت ذلك إلى النبى ﷺ فأنزل الله تعالى ذكره « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف . . . الآية (١) » .

وكذلك رويت أيضا أحاديث أخرى بهذا المعنى من طرق مختلفة وكلها تفيد ماأفاده هذا الحديث (٢) .

ومنها يتبين أن الآية نزلت لبيان عـــدد الطلاق الذى يكون الرجل فيه الرجعة على زوجته ، والعدد الذى تبين به زوجته منه ، وهذا كل ماتفيده الآية، والزوج بعد ذلك حر فى أن يوقع الطلقتين الرجعيتين معاً أو مفرقتين .

ورداً على ذلك نقول إنه مع التسليم بصحة هذه الأحاديث فإننا نخالف فى دلالتها على ماذهبتم إليه إذ لو كان المراد ذلك لقال تعالى الطلاق « طلقتان » أما وقد « الطلاق مرتان » فإن ذلك لايمنع من إفادة الامرين معا . وهما أن الطلاق الرجعى طلقتان وأنهما لابد وأن تكونا واحدة بعد أخرى ، بل هذا هو المتعين الذهاب إليه بدلالة النص وصريح العبارة .

وعلى هذا فلا دلالة فى الأحاديث السابقة على جواز جمع التطليقتين ولا دلالة فيها أيضا على تفريقهما ، بل إن ذلك يستفاد من نص الآية وهو صريح

---

(١) تفسير الطبرى حـ ٢ ص ٢٧٦ ـ . الأميرية ببولاق .
(٢) تفسير الطبرى حـ ٢ ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

فى تفريقهما وكل ما أفادته الاحاديث فى هذا الخلاف أن الآية جعلت الطلاق ثلاث تطليقات بعد أن كان ليس له أمد ولا حد ولا غاية ، وهذا ليس محل خلاف ولا ينازع فيه أحد .

وربما يقال إن لفظ « مرتان » قول يراد به غير الظاهر منه وهو وقوع الفعل مرة بعد أخرى بدليل قول الله تعالى « نؤتها أجـــرها مرتين (١) » « سنعذبهم مرتين (٢) » فإن المراد بذلك تضعيف العدد لا تكرار الفعل .

ورداً على ذلك نقول : إن ماجاء فى الآيتين محتمل للأمرين ، والشأن فيما يخبر الله به عن الغيب مرده إليه جل علاه ، ولا مانع هناك أن يؤتى الله الأجر مرة بعد مرة ، ولا مانع أيضا من أن يكون العذاب مرة بعد مرة كما لا مانع أيضاً أن يكون المراد بذلك تضعيف العدد لا تكرار الفعل وهذا ليس ما نحن فيه ، إذ لو كان المراد « بالمرتان » هنا تضعيف العدد لا تكرار الفعل لزم عليه المنع من إيقاع طلقة واحدة وكان على المطلق أن يوقع طلقتين معا وإلا بطل التضعيف (٣) .

وأما استدلالهم من السنة فأنه لايفيدهم فى هذا الخلاف فطلاق عويمر العجلانى بعد ملاعنته لزوجته طلاق لم يصادف محلا . فقد جاء فى رواية أخرى أن رسول الله ﷺ جعل الملاعنة فراقا بينهما وقال لهما عقبها قوما قد فرقت بينكما وقضى إلا يدعى ولدها لأب ، وأنه يرث أمه وترثه ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد (٤) .

---

(١) الأحزاب الآية ٣١ .
(٢) التوبة الآية ١٠١
(٣) راجع الباجى جـ ٤ ص ٣
(٤) تاريخ قضاة الاسلام ص ٩١ ، وكتاب أقضية الرسول للقرطبى .

ومن أجل ذلك فإن الرسول لم ينكر عليه إيقاع الطلاق لأن الفرقة لم تقع به ، وإنما تمت بلعانهما .

وأما استدلالهم بحديث فاطمة بنت قيس فلا دلالة فيه على أن زوجها أوقع عليها الثلاث مجتمعة كما استفيد هذا من رواياته أخرى ، فقد جاء فى بعض الروايات أن زوجها أرسل إليها بتطليقة كانت قد بقيت لها من طلاقها ، فقد روى الزهرى عن أبى سلمة هذا الخبر فقال فيه إنها ذكرت أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات ، وروى الزهرى أيضا عن عبيد الله بن عبدالله ابن عتبة أن زوجها أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها (١) .

وهذا واضح فى أن زوجها لم يطلقها ثلاثا بلفظ واحد ، وعلى هذا فلا دلالة فى الحديث الذى استدلوا به على ما ذهبوا إليه التفصيل الذى جاء فى الروايات الأخرى من أنه أوقع عليها الثالثة أو طلقها آخر طلقة كانت لها .

وأما ما استدلوا به من طلاق عبد الرحمن بن عوف لزوجه تماضر ثلاثا فى مرضه فيرد عليه على فرض صحته من وجوه كثيرة ، منها أنه يحتمل أن يكون مراد الراوى أنه أوقع الثالثة ، ومنها أنه إن أراد بذلك وقوع الثلاث معا فلا يخرج عن كونه مذهب صحابى ، ومذهب الصحابى لا يحتج به .

وأما ما استدلوا به من المعقول فإنه قياس مع الفارق ذلك أن طلاق زوجاته الأربع بكلمة واحدة قد تعدد فيه المحل ، أما طلاق الزوجة الواحدة بثلاث فإن المحل فيه واحد وفرق بين المسألتين ، وعلى هذا فلا يستدل بهذا القياس على سنية إيقاع الثلاث بكلمة واحدة .

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ١٧١ ط المنيرية .

مناقشة أدلة الحنفية

ولننتقل الآن إلى مناقشة أدلة الحنفية فنقول :-

إن استدلالهم بآيات الكتاب على أنه ليس من السنة جمع الثلاث بكلمة واحدة يتمشى مع ماتفيده النصوص ولا اعتراض على منحاهم فى ذلك . وقد اعترض ابن حزم على استدلالهم بحديث محمود بن لبيد الذى جاء فيه أن رسول الله ﷺ غضب لما أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا وقال « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » فقال إن هذا الحديث رواه أحمد بن شعيب « نا » سليمان بن داود « نا » ابن وهب « نا » مخرمة وهو ابن بكير من الأشبح عن أبيه ، قال أحمد بن شعيب فيه : لا أعلم أحداً رواه غير مخرمة ، وعقب ابن حزم على هذا فقال « وأما خبر محمود بن لبيد فمرسل ولا حجة فى مرسل ومخرمة لم يسمع من أبيه شيئاً » .

وهذا الحديث لا يعد من المراسيل إلا على فرض أن محمود بن لبيد لم تكن له صحبة ، والثابت أن له صحبة كما جاء فى البخارى (٢) . وعلى هذا فحديثه له حكم الرفع ، أما أنه لم يروه غير مخرمة فهذا لا يقدح فى صحته ، فكم من حديث رواه راو واحد وعمل به العلماء خصوصاً وأن النسائى قال فى روايته له « ورواته موثقون (٣) » ، ومن هذا يتضح أنه لا محل لاعتراض الامام ابن حزم .

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ١٨٧ - ١٦٨ .
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٨ ط . الحلبى .
(٣) المصدر السابق .

وأما استدلالهم بحديث ابن عمر رضى الله عنهما على تفريق الطلقات على الاطهار فقد رواه الحسن ، وفى اسناده عطاء الخرسانى وهو مختلف فيه ، وكذبه سعيد بن المسيب ، وضعفه غير واحد ، وإن كان قد وثقه الترمذى وقال النسائى وأبو حاتم لا بأس به [١] وانفرد بإخراج هذا الحديث الدار قطنى وهو معارض بما هو أقوى منه من الاحاديث الصحيحة التى ليس فيها ذكر لتفريق الطلقات على الأطهار فقد أخرج الجماعة إلا البخارى عن ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى ﷺ فقال : مرة فليراجعها أو ليطلقها طاهراً أو حاملا [٢] ، وفى رواية للجماعة إلا الترمذى أنه - أى ابن عمر - طلق امرأة له وهى حائض ، فذكر ذلك للنبى ﷺ فتغيظ منه رسول الله ﷺ ثم قال: ليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر - فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله تعالى ، وفى لفظ فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ، ولمسلم والنسائى نحوه وفى آخره قال ابن عمر ، وقرأ النبى ﷺ ، ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن [٣] ، .

ومن هذا يتضح أن استدلال الحنفيه به على تفريق الطلقات على الاطهار طلاق للسنة لا يستقيم الاستدلال به كما رأيت .

هذا من ناحية الاستدلال بحديث ابن عمر على تفريق الطلقات على الأطهار ولهم منحى آخر فى جواز لحاق الطلاق الرجعى بالمرأة فى العدة ، وفى هذا

---

(١) نيل الأوطار حـ ٦ ص ٢١٠ .

(٢) نيل الأوطار حـ ٦ ص ٢٥٠

(٣) المصدر السابق ، وقوله ، فى قبل عدتهن هى قراءة ابن عباس وابن عمر وهى شاذة لا تثبت قرآنا بالاجماع .

يقول الكاساني رضى الله عنه فى البدائع « أما الطلاق الرجعى فالحكم الأصلى له هو نقصان العدد ، فأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا ، قال بعضهم : الملك يزول فى حق حل الوطء لا غير ، وقال بعضهم لا يزول أصلا وإنما يحرم وطئها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء فى حالة الحيض والنفاس ، وجه قوله، أن الطلاق للحال فلا بد وأن يكون له أثر ناجز وهو زوال حل الوطء وزوال الملك فى حق الحل ، وقد ظهر أثر الزوال فى الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها والخلوة ويزول قسمها ، والأقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ولهذا سمى الله تعالى الرجعة رداً فى كتابه الكريم بقوله عز وجل « وبعولتهن أحق بردهن » فى ذلك .

والرد فى اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه ، ويمضى الإمام الكاساني بعد ذلك فيستدل على أن الطلاق الرجعى لا يزول به الملك وحل الوطء بقول الله تبارك وتعالى « وبعولتهن أحق بردهن » ووجه استدلاله أن قوله تعالى « بعولتهن » أى أزواجهن وقوله هن كناية عن المطلقات فقد سمى الله تعالى المطلق طلقة رجعية زوجاً بعد الطلاق ولا يكون زوجا إلا بعد قيام الزوجية فدل على أن الزوجية قائمة بعد الطلاق (١) وإذا كانت الزوجية قائمة مادامت فى العدة فانه يملك طلاقها فيها أيضاً كما يملك وطأها ويكون وطئها رجعة لها ، فالطلقة الرجعية لا يزول فيها الملك حتى إلا بعد انقضاء العدة ومادامت فيها فله أن يطلق .

وما أورده الكاساني بعيد عن محل الخلاف فانه قائم أصلا حول سنية الطلقة الثانية والثالثة فى أطهار العدة أو عدم سنيتهما فيها ، ولا نص هناك يفيد

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ١٨٠ ط الجمالية بمصر .

سنيتهما فيها ، بل النص يفيد عدم سنيتهما كما مر بك . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الرجعة غير الطلاق ذلك أن الرجعة فى العدة فيها نص بخصوصها أما إيقاع الطلاق فيها فلم يرد فيه نص مسلم بصحته يفيد هذا ، وتسمية القرآن الكريم المطلقين بعولة إنما هو باعتبار ما كان بدليل أن الله تعالى سمى المطلق الذى انتهت عدة زوجه زوجا بعد انقضاء العدة قال تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف»(١)، والمراد ببلوغ الأجل فى الآية انتهاء العدة .

روى البخارى وأبو داود والترمذى وغيرهم عن معقل بن يسار أنه زوج أخته رجلا من المسلمين فكانت عنده ، ثم طلقها تطليقة ولم يراجعها حتى انقضت العدة ، فهويها وهويته فخطبها مع الخطاب ، فقال له يالكع ، أكرمتك بها وزوجتكها فطلقتها ، والله لا ترجع إليك أبدا . فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه فأنزل الله « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن إلى قوله وأنتم تعلمون » فلما سمعها معقل قال : سمع لربى وطاعة ثم دعاه وقال: أزوجك وأكرمك ، وأخرجه ابن مردويه من طرق كثيرة .

ثم أخرج عن السدى قال : نزلت فى جابر بن عبدالله الانصارى ، وكانت له ابنة عم فطلقها زوجها تطليقة ، فانقضت عدتها ثم رجع يريد رجعتها ، فأبى جابر ، فقال طلقت ابنة عمنا ثم تريد أن تنكحها ثانية ؟ وكانت المرأة تريد زوجها قد راضته ، فنزلت هذه الآية ، والاول أصح وهو الأقوى (٢) وهذا كله دليل على أن تسمية القرآن المطلقين أزواجا إنما هو باعتبار ماكان وإلا

(١) البقرة الآية ٢٣٢ .

(٢) أسباب النزول للسيوطى ص ٣٢ - ٣٣ ط كتاب التحرير .

لكان المطلق بعد انقضاء العدة فى الطلاق الرجعى أن يرد زوجه بدون عقد جديد ولم يقل بذلك أحد من الفقهاء .

ثم هناك ملحظ آخر فى هذه التسمية وهو الإشعار بما كان بين الزوجين من عشرة ومودة ولهذا فإن كل منهما أولى بصاحبه إذا أرادا العودة بعد الانفصال سواء أكانت العودة فى العدة أو بعدها بعقد جديد ما لم يكن المطلق قد أكمل الثلاث بطلاقه لزوجه .

وأما استدلالهم بالمعقول فانه فجيعة المرأة وزيادة لايلامها بتكرار الطلاق عليها فى العدة بغير موجب ، ومقاومة المرء لنفسه بعزيمته وإصراره على ما رآه خير من أن يقاومها بإيذاء المرأة طلقتين فى الطهرين الباقيين .

ومراعاة لهذا الإعتبار نرى أن الحنفية يجعلون الطلاق السنى نوعين حسناً وأحسن ومالوا إلى الأخذ بالأحسن وهو أن يطلق طلقة رجعية ولا يتبعها بأخرى حتى تنتهى العدة .

مناقشة أدلة المالكية والحنابلة

أولا : قولهم إن آية البقرة تدل على صفة الطلاق قول فهو مقبول لأن الآية تدل على عدد الطلقات فى قوله تعالى « الطلاق مرتان » وقوله « مرتان » يفيد إيقاع الطلاق مرة بعد أخرى وقوله « فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان » يثبت الطلقة الثالثة ، فإذا كانت الآية تثبت ثلاث تطليقات فكيف تصير الثلاث واحدة .

وأما الآية الأخرى فى سورة الطلاق عندما تأمر بأن الطلاق للعدة تفيد أن الواقع فى الطلاق بعد حدوثه تستقبل المرأة عدتها .

ثانيا : أنه جاء فى حديث ابن عمر عندما طلق امرأته فى الحيض قال ﷺ مره فليراجعها حتى تطهر « الحديث » وذكر ثلاث حيضات مع ثلاثة أطهار ووزع الطلقات الثلاث عليها ، ولم يقل أحد أن هذا طلاق البدعة بل قالوا إن البدعة طلاقها فى الحيض .

ثالثا : إن قولهم الطلاق شرع للحاجة ، والحاجة تندفع بالواحدة ألا ترى أنه يمكن أن يراجع نفسه بعد الطلقة الأولى أثناء عدتها فيراجعها كما أن له إذا لم تطق إليها نفسه أن يوقع ماله من طلاق عليها وعندئذ يتصرف فى حق مشروع له بالكتاب والسنة ، ومن هذا يتضح أن توزيع الطلاق على الاطهار ليس بدعياً .

الترجيح

والراجح لدينا ما قال به الأحناف لعدة أسباب :-

(الأول) أن توزيع الطلقات على الأطهار يوافق الحاجة التى شرع الطلاق من أجلها ، لأن الحاجة يمكن أن تندفع بالمرة الواحدة إذا تركها طوال العدة دون مراجعة ، كما يمكن أن يطلق لكل طهر تطليقة مع أن الثانى أولى من الأول، لأنه إذا طلق لكل طهر ظهر عدم احتياجه إليها وانقطاع تفكيره نحوها مع تكرر إيقاع الطلقات فى الأطهار .

(ثانيا) إن توزيع الطلقات على الأقراء يوافق ما عليه القرآن فى قوله تعالى « الطلاق مرتان » والتطليق الشرعى تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والارسال دفعة واحدة ، ولم يرد بالمرتين التثنية ، ولكن التكرير كقوله

« ثم ارجع البصر كرتين » أى كرة بعد كرة ، لا كرتين اثنتين (١) .

(ثالثا) ولأجل ذلك جعل النبى ﷺ ذلك تلاعبا بكتاب الله ففى سنن النسائى (٢) . أخبرنا سليمان بن داود عن ابن وهب قال : أخبرنى مخرمة عن أبيه قال : سمعت محمد بن لبيد قال: أخبر رسول الله عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل وقال : يا رسول الله ألا أقتله .

قال السندى فى شرحه « أيلعب بكتاب الله » يحتمل بناء الفاعل أو المفعول أى يستهزء به ، والمراد به قوله تعالى « الطلاق مرتان » إلى قوله « ولا تتخذوا آيات الله هزواً » فإن معناه التطليق الشرعى تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والارسال مرة واحدة ، ولم يرد بالمرتين التثنية ومثله قوله تعالى « ثم ارجع البصر كرتين » أى كرة بعد كرة لا كرتين اثنتين .

ثم بين معنى الامساك بمعروف ، ثم قال : وقوله « لا تتخذوا آيات الله هزواً » أى بالجمع بين الثلاث ، والزيادة عليها ، فكلاهما لعب واستهزاء ، والحد والعزيمة أن يطلق واحدا ، وإن أراد الثلاث ينبغى أن يفرق .

ثم قال : « ألا أقتله » لأن اللعب بكتاب الله كفر ، ولم يرد أن المقصود الزجر والتوبيخ وليس المراد حقيقة الكلام (٣) .

ومع هذا الترجيح فإننا ننكر على الجميع أنه يجوز أن يطلقها مرة واحدة

---

(١) تفسير الزمخشرى ج ١ ص ٢٧٨ . كنز العرفان ج ٢ ص ٢٦٥ .
(٢) سنن النسائى ج ٦ ص ١٤٢ .
(٣) كنز العرفان ج ٢ ص ٢٦٦ .

ويتركها حتى تنقضى عدتها ، لأن هذا وإن كان الأحناف قد عدوه أحسن الطلاق والمالكية والحنابلة عدوه هو طلاق السنة ، والشافعية لم يروا فى الجمع بدعة لكننا نعد هذا مخالفا لما تقدم من نصوص القرآن الصريحة ، ونصوص السنة الواضحة ، وإن كانوا يقولون إن الحاجة إلى الطلاق يمكن أن تندفع بالواحدة ألم ينظروا إلى أن مبنى الطلاق على التروى والتفكير والتأمل والتدبير لأنه يترتب عليه إنقطاع العشرة وإنهاء العلاقة الزوجية إلى الأبد ، وقد ثبت لها حقا فى إنهاء العشرة بثلاث تطليقات فكيف تنتهى بواحدة ويصفونه بأنه أحسن الطلاق ، أو يمكن جمع الطلقات كلها فى طهر واحد كما قال غير الحنفية ويعدون ذلك للسنة أو ليس بدعيا ، مع أن العدة وإن كانت قد شرعت للاستبراء فيمكن أن يتحقق الاستبراء بالحيضة الأولى ، ولكن المراد هو التوزيع على الأدوار يناسب التروى والتفكير عند الإقدام على إنهاء العشرة الزوجية .

وقوع الطلاق البدعى

لما كان الطلاق البدعى ينقسم إلى أقسام يرجع بعضها إلى الوقت الذى تصدر فيه صيغة الطلاق هل هو فى حال الحيض أو النفاس أو فى طهر جامع فيه المطلق ، وقسم آخر ترجع البدعية فيه إلى العدد وهو أن يطلق الرجل المرأة ثلاثا دفعة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد لا وقاع فيه ، ولا فى الحيض قبله ، أو مفرقة فى مجلس واحد .

وقع فى القسمين خلاف :

ففى القسم الأول : وهو ما كانت البدعية فيه ترجع إلى الوقت بأن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة رجعية فى حال الحيض أو النفاس أو فى طهر حصل فيه أو فى الحيض قبله وقاع . وقد اختلف الأئمة فى وقوع هذا الطلاق .

فذهب الجمهور إلى أن الطلاق من حيث هو بدعى ، وبدعيته البحث عن اختيار الوقت التى تلفظ فيه المطلق ، وبدعيته لم يقل بها الجمهور فحسب بل إنعقد عليها الاجماع ولم يخالف فيها أحد ، أما بالنسبة لوقوع الطلاق فالجمهور بأن المطلق فعل حراما ويقع طلاقه .

وذهب ابن حزم (١) ، وابن تيمية وابن القيم (٢) ، إلى أن هذا الطلاق لا يقع ولا يعتد به ، وحكاه الشوكانى على أنه مذهب الباقر والصادق ، وحكاه الخطابى عن الخوارج والروافض ، وحكاه ابن العربى وغيره عن ابن عليه يعنى ابراهيم بن اسماعيل بن عليه وهو من فقهاء المعتزلة (٣) .

هذا وحكاية الشوكانى لمذهب الشيعة نجد أنه قصره على الباقر والصادق فحسب وبالرجوع إلى بعض كتبهم وجدنا أن كون الطلاق البدعى لا يقع هو قول الشيعة أجمع ، قال صاحب كنز العرفان « ويجب إيقاع الطلاق فى طهر لان الاقراء هى الاطهار ولو فعل خلاف ذلك بطل » (٤) .

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٦١ .
(٢) زاد المعاد حـ ٤ ص ٤٣ .
(٣) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ ص ٢٥٢ . الطبعة الأخيرة .
(٤) كنز العرفان حـ ٢ ص ٢٥٠ للسيورى تعليق محمد الباقر ، المغنى لابن قدامة شرح الخرقى حـ ٨ ص ٢٣٧ و ٢٣٨ . ط . المنار .

الادلـــة

أدلـــة الجمهور

استدل جمهور الفقهاء بالكتاب والسنة والمعقول .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ووجه استدلالهم بهذه الآيات وغيرها من آيات الطلاق أن الآيات رتبت أحكاما على مطلق طلاق من غير أن تقيده بوقت دون وقت ولا بمطلقة دون مطلقة ، فدل ذلك على وقوع الطلاق فى عموم الأوقات والأحوال ، ولم يوجد من النصوص ما يقيد إطلاق هذه الآيات فوجب القول بوقوع الطلاق فى طهر أو فى حيض أو غير ذلك .

وأما استدلالهم من السنة :

فقد استدلوا بأدلة كثيرة نختار لك منها ما يأتى :ـ

١ ـ ما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك النبى ﷺ فقال : مره فليراجعها أو ليطلقها طاهرا أو حاملا (١) .

---

(١) صحيح مسلم جـ ٣ ص ٦٦٢ شرح النووى ط. الشعب ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٩ ط. الأخيرة .

٢ — وأخرج الجماعة إلا الترمذى فى رواية عن ابن عمر أيضا « أنه طلق امرأة له وهى حائض فذكر ذلك للنبى ﷺ فتغيظ فيه رسول الله ﷺ ، ثم قال ليراجعها ثم يمسك حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء .

٣ — ولمسلم والنسائى نحوه وفى آخره قال ابن عمر: وقرأ النبى ﷺ « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن » (١) .

٤ — وفى رواية الدار قطنى أن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض تطليقة ، فانطلق عمر فأخبر النبى ﷺ ، فقال له النبى ﷺ مر عبد الله فليراجعها ، فاذا اغتسلت فليتركها حتى تحيض، فاذا اغتسلت من حيضتها الأخرى فلا يمسها حتى يطلقها ، وإن شاء أن يمسكها فليمسكها ، فإنها العـــدة التى أمر الله أن يطلق لهـا النساء .

٥ — وأخرج الدار قطنى أن عمر قال « يا رسول الله أفتحتسب بتلك التطليقة ، قال نعم » ورجاله إلى شعبة ثقات كما قال الحافظ وشعبة رواه عن أنس ابن سيرين عن ابن عمر (٢) .

٦ — وحديث ابن أبى ذئب أن نافعا أخبرهم عن ابن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شـــاء أمسك بعد ذلك وإن

---

(١) مسلم شرح النووى ج ٣ ص ٦٦٣ ، ط . الشعب ، فتح البارى ج ١١ ص ٢٦٥ ط . الحلبى .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٠ ، ص ٢٥٢ ط . الأزهرية .

شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وهى واحدة »(١) .

٧ — وفى رواية متفق عليها « وكان عبد الله قد طلق تطليقة فحسبت من طلاقها » (٢) .

٨ — واستدلوا أيضا بما جاء فى مسلم عن يونس بن جبير قال « سمعت ابن عمر يقول « طلقت امرأتى وهى حائض فأتى عمر النبى ﷺ فذكر ذلك له ، فقال النبى ﷺ « ليراجعها فاذا طهرت فان شاء فليطلقها . قال فقلت لابن عمر أفاحتسبت بها ؟ قال : ما يمنعه ، أرأيت إن عجز واستحمق (٣) .

وجاء فى رواية أخرى عن يونس بن سيرين قال : سألت ابن عمر وروى قصة طلاق ابن عمر لامرأته إلى قال ، قلت : أفاعتددت بتلك الطلقة التى طلقت وهى حائض ؟ قال مالى لا أعتد بها ، وإن كنت قد عجزت واستحمقت (٤) .

٩ — واستدلوا أيضا بما ورد عن عباد بن زيد عن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته » .

١٠ — واستدلوا أيضا ببعض الآثار عن الصحابة فقد جاء عن طريق ابن

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦٤ ، أنظر الحديث فى فتح البارى جـ ١١ ص ٢٦٧ ط. الحلبى .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص .

(٣) مسلم شرح النووى جـ ١٠ ص ٦٧ ، ط. الطبعة المصرية ، فتح البارى جـ ١١ ص ٢٦٦ ط الحلبى .

(٤) مسلم شرح النووى جـ ١٠ ص ٦٨ الطبعة المصرية .

وهب عن ابن سمعان عن رجل أخبره أن عثمان بن عفان كان يقضى فى المرأة التى يطلقها زوجها وهى حائض أنهـــا لا تعتد بحيضتها تلك ، وتعتد بعدها بثلاثة قروء .

١١ — وجاء من طريق عبد الرزاق عن هشام بن حسان عن قيس بن سعد مولى ابن علقمة عن رجل سماه عن زيد ابن ثابت أنه قال فيمن طلق امرأته وهى حائض يلزمه الطلاق ، وتعتد بثلاث حيض سوى تلك الحيضة ، (١) .

ووجه استدلال الجمهور بهذه الأحاديث والآثار أن الأحاديث الأربعة الأول صرح فيها الرسول ﷺ بقوله ، فليراجعها ، والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، فدل هذا على أن هذة الطلقة يعتد بها .

أما الأحاديث الخامس والسادس والسابع فإنها جاءت نصا فى الموضوع وكلها أفاد احتساب هذه الطلقة من عدد الطلقات التى يملكها ابن عمر على زوجه.

جاء فى فتح البارى(٢) تعليقاً على حديث ابن أبى ذئب الذى صرح فيه بأن الرسول ﷺ قال ، إنها واحدة ، هذا نص فى محل النزاع يجب المصير إليه .

أما الحديث الثامن فقد أفاد أن ابن عمر قد اعتد بهذه الطلقة وأنها احتسبت من طلاق امرأته ، ولا يحمل هذا على أنه رأى لابن عمر بل يحمل على أنه تنفيذ لما أمر به الرسول من احتساب هذة الطلقة .

وقالوا : إن مجموع هذه الأحاديث لا مطعن عليها فبعضها متفق عليه ،

(١) هذان الأثران رواهما ابن حزم فى المحلى جـ ١٠ ص ١٦٤ .
(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ١١ ص ٢٦٤ ، ط الحلبى .

وبعضها قد صح عند أكثر من إمام من أئمة الحديث ، وبعضها وإن انفرد به إمام من أئمة الحديث إلا أنه لا اعتراض عليه ، ومجموع هذه الأحاديث يفيد الاعتداد بالطلقة فى الحيض، ولا مجال لمخالفة ذلك فلم يبق إلا العمل بما أفادته وهو وقوع الطلاق فى الحيض .

أما الأثران المرويان عن عثمان وزيد بن ثابت فهما ظاهران فى أن العمل جرى على الاعتداد بالطلاق فى الحيض خصوصاً وأن أحدهما قضى ولو لم يكن هذا جائزاً لما قضى به أو أفتى به زيد بن ثابت وهما من كبار فقهاء الصحابة .

وأما استدلالهم بالمعقول فقالوا :

الطلاق فى نفسه مشروع ، ومتى كان الشيء مشروعا فى نفسه جاز أن يكون معتبرا فى حق الحكم وإن منع عنه لغيره كالبيع وقت آذان الجمعة والصلاة فى الأرض المغصوبة ، وعلى هذا فاذا طلق فى الحيض يكون قد تصرف تصرفا مشروعا وارتكب محظورا ، فيأثم بارتكابه المحظور بمباشرة المشروع ، ومن هنا ينفذ عليه الطلاق لأنه مشروع فى ذاته (١) .

أدلة القول الثانى

أما الذين خالفوا الجمهور وذهبوا إلى عدم الاعتداد بالطلاق فى الحيض وحكموا بعدم وقوعه فقد حمل لواء الدفاع عن مذهبهم ابن حزم وابن تيمية وابن القيم (٢) وبعض الفقهاء رضى الله عنهم .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٩٦ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦١ ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٣ فما بعد .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بجملة أدلة من الكتاب والسنة والمعقول :-

أما الكتاب :-

١ - يقول الله تبارك وتعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »(١) وقالوا والمطلق في حال الحيض لم يطلق لتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء كما صرح بهذا في حديث طلاق ابن عمر ، وقد تقرر في الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده ، والمنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد ، والفساد لا يثبت حكمه ، وعلى هذا فالطلاق في الحيض أو في النفاس ، أو في الحيض قبله جماع ، لا يعتبر ولا يعتد به شرعا .

٢ - واستدلوا أيضا بقوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »(٢) ولا أقبح من التسريح الذي حرمه الله .

٣ - واستدلوا أيضا بقول الله تعالى « الطلاق مرتان »(٣) .

وقالوا : إن في هذا التركيب صيغة صالحة للحصر وهي تعريف المسند إليه وهو «طلاق» باللام الجنسية ، فدل هذا على حصر الطلاق في المأذون فيه لا غير وهو الطلاق للعدة وأن ما عداه ليس بطلاق مأذون فيه .

أما استدلالهم من السنة :

١ - فيما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ « طلق

---

(١) أول سورة الطلاق .
(٢) البقرة الآية رقم ٢٢٩ .
(٣) البقرة الآية رقم ٢٢٩ .

عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض . قال عبد الله فردها علي رسول الله ﷺ ولم يرها شيئا ، (١) وهذا الحديث رواه ابن جريج عن أبي الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً ، فقال: ابن عمر، طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: إن عبد الله طلق امرأته وهي حائض قال عبد الله فردها علي ولم يرها شيئا .

٢ — وروى ابن حزم في المحلى بسنده المتصل إلى ابن عمر عن طريق عبد الوهاب ابن عبد المجيد الثقفي ، نا ، عبيد الله بن عمر ، عن نافع مولى ابن عمر أنه قال : ، لا يعتد لذلك ، وهذا اسناد صحيح (٢) .

٣ — وروى ابن عبد البر عن الشعبي أنه قال «إذا طلق الرجل امرأته وهي حائض لم تعتد بها في قول ابن عمر (٣) .

٤ — واستدلوا أيضا بما رواه عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم ، قال ابن عباس الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ، ووجهان حرام، فأما اللذان حلال فأن يطلق الرجل امرأته طاهرا من غير جماع ، أو يطلقها حاملا مستبينا حملها ، وأما اللذان هما حرام: فأن يطلقها حائضا، أو يطلقها عند الجماع لايدرى اشتمل الرحم على ولد أم لا ، رواه الدار قطني (٤) .

---

(١) مسند الإمام أحمد جـ ٢ ص ٨٠ - ٨١ برقم ٥٥٢٤ ، وأبو داود جـ ٢ ص ٢٥٦ رقم ٢١٨٥ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ١٦٣ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٩ الطبعة الأخيرة .

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٩ الطبعة الأخيرة .

٥ — واستدلوا أيضا بعموم قول الرسول ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .

ووجه استدلالهم من الأحاديث السابقة أو الثلاثة الأول منها صحيحة وجاءت نصا أيضا فى الموضوع ، وأفادت عدم الاعتداد بالطلاق فى الحيض .

وأما الأثر المروى عن ابن عباس فقد قال فيه ابن حزم « ومن المحال أن يخبر ابن عباس عما هو جائز بأنه حرام (١) فدل هذا على أن الطلاق فى الحيض لا يعتد به .

وأما الحديث الخامس فقد أفاد بعمومه عدم الاعتداد بالطلاق فى الحيض لأنه مخالف لما شرع الله من استقبال المرأة لعدتها بالطلاق .

ومن مجموع ما أفادته آيات الكتاب التى استدلوا بها فى هذا الخلاف ومن مجموع ما أفادته هذه الأحاديث قالوا : أنه لا وجه لمن قال بوقوع الطلاق فى الحيض بعد أن ثبت من هذه الأدلة بما لا يدع مجالا للشك عدم الاعتداد به فيه .

وأما استدلالهم من المعقول فقالوا :

لا خلاف فى أن الشارع نهى عن هذا الطلاق ولم يأذن فيه للزوج فلا يكون مالكا له ، وكل ما كان كذلك فلا يصح ولا ينفذ ، وذلك كما لو وكل رجلا أن يطلق امرأته طلاقا جائزا فطلقها طلاقا حراما ، فإن هذا الطلاق لا يقع فكيف

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦٣ .

يكون إذن المخلوق معتبرا دون إذن الشارع (١) .

وقالوا إن المكلف إنما يتصرف بالإذن فما لم يأذن به الله ورسوله لا يكون محلا للتصرف البتة ، وما ذلك إلا كتطليق الأجنبية والطلقة الرابعة ، وقالوا إن النهي حجر من الشارع فلو قلنا بالوقوع لم يكن لحجر الشارع معنى ، وكيف يكون حجر القاضي على من منعه التصرف أقوى من حجر الشارع.

وقالوا أيضا : إن النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين مثله من كتاب أو سنة صريحة أو إجماع ، ولا سبيل إلى واحد من هذه الثلاثة ، فلا تزول العصمة بهذا الطلاق المحظور .

---

(١) أنظر : زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٤ .

المناقشة

« موقف المخالفين من ادلة الجمهور »

إن المخالفين ناقشوا استدلال الجمهور من الكتاب والسنة والمعقول :-

فقالوا : إن آيات الطلاق التى جاءت مطلقة فى الكتاب مقيدة بآية فطلقوهن.

أما الأحاديث ، التى استدل بها الجمهور فقد أوردوا على بعضها احتمالات تصرفها عن المعنى المراد وضعفوا بعضها أو ردوه والذى أوردوا عليه الاحتمال هى الأحاديث التى صرح فيها بقول الرسول « مره فليراجعها » ولم يأت فيها ذكر لإحتساب هذه الطلقة ، وفى هذا الشأن يقول ابن القيم (١) إن الرجعة وقعت فى كلام رسول الله ﷺ على ثلاثة معان :

« أولا » بمعنى النكاح وهو العقد كما جاء فى قوله تعالى « فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا » ، ولا خلاف بين أحد من أهل العلم أن المطلق ههنا هو الزوج الثانى ، وأن التراجع بينها وبين الزوج الأول وذلك كابتداء النكاح .

« ثانيا » الرد الحسى إلى الحالة التى كانت عليها أولا كقول الرسول ﷺ لأبى النعمان بن بشير لما أنحل ابنه غلاما خصه به دون سائر ولده « أرجعه » أى رده فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة .

« ثالثا » الرجعة التى تكون بعد الطلاق ، ولا يخفى أن الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال .

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٤٦ ، المطبعة المصرية .

أما الأحاديث التي صرح فيها بالاحتساب بالتطليقة فقالوا إنها معارضة بما هو أقوى منها وهي الأحاديث التي صرح فيها بعدم احتسابها كما مر بك .

أما حديث ابن أبي ذئب الذي صرح فيــــه بأن الرسول ﷺ قال : « هي واحدة » فقد قال فيه ابن حزم أن هذه اللفظة وهي واحدة - أتى بها أبو ذئب وحده ولا يقطع بأنها من كلام الرسول ﷺ ويمكن أن تكون من قول من دونه عليه الصلاة والسلام ، والشرائع لا تؤخذ بالظنون ، ثم لو صح يقينا أنها من كلام رسول الله ﷺ لكان معناها هي واحدة أخطأ فيها .

ويمضي ابن حزم فيستدل على فرض التسليم بأنها من كلام الرسول ﷺ ، بأن الحديث معارض بما هو أقوى منه مما يفيد عدم الاعتداد بها (١) .

ولا نسلم لابن حزم أن هذه الزيادة ليست من كلام رسول الله ﷺ إلا بدليل ولم يقدم دليلا ونقول كما قال الإمام الشوكاني في هذا الشأن « ولا يخفى أن هذا لا يدفع الظاهر المتبادر من الرفع ، ولو فتحنا باب دفع الأدلة بمثل ما سلم لنا حديث (٢) .

أما تأويله لهذه الزيادة على فرض أنهـــا من كلام الرسول عليه السلام فإنه تأويل بعيد لا يسلم له ، ولو اقتصر على القول بأن هذا الحديث معارض بمـا هو أقوى منه لكان أولى في هذا المقام .

وأما ما جاء في استدلال الجمهور من أن ابن عمر سئل عن الطلقة فقال ومالي

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦٥ .
(٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٥٤ ط الأخيرة .

لا أعتد بها أو ما يشبه ذلك فقد رد عليه ابن حزم بأنه فيه أن رسول الله ﷺ هو الذى قال له اعتد بها طلقة، وإنما هو إخبار عن نفسه ولا حجة فى قوله(١).

ونقول إن قول ابن عمر هذا معارض بما روى عنه أن الرسول ﷺ لم يرها شيئا ، وهذا أقوى فى الدلالة وأوضح من قوله ومالى لا أعتد بها إذ أنه يكون إجتهادا فى مقابلة النص وهو غير جائز .

وأما استدلال الجمهور بحديث أنس « من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته » فقد رده ابن حزم وقال أنه موضوع بلا شك ثم لو صح لكان معناه ألزمناه بدعته أى إثمها (٢) .

أما الأثران المرويان عن عثمان وزيد بن ثابت فقد ضعفهما ابن حزم ولئن ثبتت صحتهما فلا يخرجان عن كونهما مذهب صحابى ومذهب الصحابى لا يحتج به .

وناقشوا ما استدل به الجمهور من المعقول فقالوا :

إن الطلاق قد جعله الشارع مشروعا بوصفه اللازم له وهو كونه للعدة ، فإذا خالف المطلق ذلك ، لا يسمى طلاقه تصرفا مشروعا وإنما تصرف باطل ، ومن ثم فلا يعول عليه ولا يعتد به . بخلاف الصلاة فى الأرض المغصوبة أو النهى عن البيع وقت الجمعة إذ النهى فيهما لا يرجع لذاتهما ، ولا لصفة لازمة لهما فصحا مع وجود النهى بخلاف الطلاق فإن مخالفة صفته المشروعة تقتضى فساده كما مر بك .

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ١٦٥ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ١٦٥ .

موقف الجمهور من أدلة المخالفين

إن فقهاء الجمهور اعترضوا على أدلة المخالفين وقالوا إنها لاتفيدهم فى موطن الاستدلال .

ذلك أن وجهتهم فى الاستدلال بآية « فطلقوهن لعدتهن » غير مسلمة فالنهى المستفاد من الأمر فيها ليس راجعاً إلى ذات الطلاق ، ولا إلى حقيقته الشرعية حتى يستلزم فساد ماعداه من الطلاق وإنما يرجع إلى خلل فى غير ذاته الشرعية ، وهذا لايمنع وقوع الطلاق وصحته وذلك كالبيع وقت الجمعة فإنه يصح مع النهى عنه .

وهذا القول فيه نظر : ذلك أن النهى عن البيع وقت الجمعة لايرجع إلى ذاته ولا إلى جزئه ولا إلى وصف لازم له فلا يحكم بفساده بسبب النهى عنه وإن كان بعض الفقهاء قد ذهب إلى فساده أيضا بسبب هذا النهى .

أما النهى المستفاد من الأمر فى الآية فإنه راجع إلى وصف لازم للطلاق بأمر الشرع لاينفك عنه وهو كونه للعدة ، وعلى هذا فإن الطلاق الذى يجىء مخالفا لهذا الوصف الذى أصبح لازما للطلاق لايعتد به ، ومثال ذلك النهى عن الصلاة حال السكر فإن الصلاة تفسد به ولا تصح لأن عدم السكر أصبح وصفاً لازماً لها لاينفك عنها بأمر الشرع فكان مخالفته سبباً فى فسادها فلا تصح .

وأورد الجمهور على الأحاديث التى استدل بها مخالفوهم جملة اعتراضات فقالوا إن الحديث الذى قال فيه ابن عمر « فردها على رسول الله ولم يرها شيئاً » قد أعله أحمد بمخالفة رواية أبى الزبير لسائر الحفاظ ، وقال أبو داود : روى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ماقال أبو الزبير - أى لم تأت فيها هذه الزيادة « فردها على إلى آخره » - وقال ابن عبد البر « ولم يرها

شيئاً ، منكر لم يقله غير أبي الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه . وقال ولو صح فمعناه عندي والله أعلم - ولم يرها شيئاً مستقيما لكونها لم تكن على السنة .

وقال الخطابي : قال أهل الحديث لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا ، وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئا تحرم معه المراجعة أو لم يرها شيئا جائزا في السنة ماضياً في الاختيار (١) .

وقد يسلم للجمهور درءهم لهذا الحديث إذا أنكر كل رجال الحديث إلا أن فريقا منهم ممن يعتد بهم قد صحح رواية أبي الزبير للحديث ولم يطعن فيها .

فالحافظ يقول في الزيادة التي رواها أبو الزبير « وإسناد هذه الزيادة على شرط الصحيح » .

والإمام الشوكاني يقول في سند الحديث « فهؤلاء رجال ثقات أئمة حفاظ » وقال أيضا « إن ابن الزبير غير مدفوع في الحفظ والعدالة ، وإنما يخشى من تدليسه ، فإذا قال سمعت أو حدثني زال ذلك وقد صرح هنا بالسماع » .

وأنت ترى من هذا أن بعض أئمة الحديث قبل رواية أبي الزبير مطلقا وأن بعضهم لايردها في حالة السماع من الغير .

هذا كله على فرض التسليم بأن الحديث لم يأت من طريق آخر غير طريق أبي الزبير . إلا أنه جاءت روايات أخرى صحيحة تؤيد ماجاء في روايته ، فمن ذلك ما أخرجه ابن حزم - وقد مر بك - عن يونس بن عبدالله « نا »

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٢٥٥ ط الأخيرة .

أحمد بن عبدالله إبن عبد الرحيم ـ ، نا ، أحمد بن خالد ، نا ، محمد بن عبد السلام الخشنى ، نا ، محمد إبن بشار ، نا ، عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفى ، نا ، عبيد الله بن عمر عن نافع مولى ابن عمر أنه قال فى الرجل يطلق امرأته وهى حائض قال ابن عمر ، لايعتد لذلك ، وقال الشوكانى : ويؤيد رواية أبى الزبير ما أخرجه سعيد ابن منصور عن طريق عبدالله بن مالك عن ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض فقال رسول الله ﷺ ليس ذلك بشىء(١) .

ويتبين لك من هذا أن الزيادة التى جاءت فى رواية أبى الزبير وردها الجمهور قد جاءت من طرق أخرى صحيحة منها ما قدمناه ومنها أن الحميدى فى الجمع بين الصحيحين قد روى زيادة أبى الزبير مع أنه التزم ألا يذكر إلا ما كان صحيحا على شرطهما ، ومنها ماقاله ابن عبد البر فى التمهيد أنه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة عبدالله بن عمر ، ومحمد بن عبد العزيز بن أبى رواد ويحيى ابن سليم ، وابراهيم بن أبى حسنة ، مما لايدع مجالا للطعن أو التشكيك فى صحة رواية أبى الزبير .

أما ما جاء عن ابن عبد البر والخطابى رضى الله عنهما من تأويل لقول الرسول ﷺ ، ولم يرها شيئا ، على فرض التسليم بهذه الزيادة منهما فإنه تأويل بعيد يأباه المقام والسياق .

واعترض الجمهور على استدلال المخالفين بحديث ، من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ، بأن المراد بالرد فيه عدم القبول ولا يلزم منه عدم الصحة فكم من شىء صحيح غير مقبول ولا مثاب عليه .

---

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥٤ ط الأخيرة .

ونقول لهم إن سلم تفسير الرد بهذا المعنى فى القربان وبعض العبادات فإنه لا يسلم فيما معنا ، فالطلاق لا يوصف بالقبول وعدمه ، وإنما يوصف بالصحة وعدمها ، اللهم إذا فسرنا المراد بالقبول هنا الصحة لا غير .

ورد الجمهور على استدلال المخالفين بالمعقول فقالوا :ـ

إنهم أوضحوا أن النهى ليس راجعا لذات الطلاق ولا لجزئه ولا لوصف لازم له وعلى هذا فلا يقتضى الفساد .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن طلاق الأجنبية باطل لإنعدام المحل وكذلك الطلقة الرابعة ، وما نحن فيه ليس كذلك فلا يستقيم القياس عليها .

وأما ما ذكروه من القياس على عـــدم وقوع طلاق الوكيل إذا خالف المأذون فيه ، وحجر القاضى على شخص ما بعدم التصرف . فقد أجاب الجمهور عنه بأنه قياس مع الفارق ، ذلك أن الوكيل سفير معبر عن الموكل ، والسفير لا يملك غير ما فوض فيه ؛ ولأن حجر القاضى مبنى على عـــدم أهلية المحجور عليه التصرف ، والكلام فيمن ليس محجوراً على تصرفه ، ومن يطلق لنفسه لا لغيره .

وأما قولهم إن النكاح ثابت بيقين ولا يزول إلا بيقين مثله فقال الجمهور : إن هذا مسلم دون ريب ، ولكن من قال إن صدور الطلاق ممن يقصده وهو أهل له فى محله الشرعى ليس طلاقا بيقين .

هذا ما ناقش به الجمهور المعقول فى استدلال المخالفين ، ونرى أن ردهم فى تأثير النهى فى المنهى عنه لا يسلم لهم ، لأن الشارع جعل الطلاق للعدة وصفا لازما له لا ينفك عنه فاذا خالفه المطلق فقد خالف صفة الطلاق الشرعى فيكون طلاقا فاسدا لا يعتد به .

وأما ما قاله الجمهور من صدور الطلاق ممن هو أهل له في محله الشرعي إلى آخره ، فالرد عليه أن هذا الطلاق لا يكون صادراً في محله الشرعي إلا إذا وافق ما بينته آية « فطلقوهن لعدتهن » فلا يسمى طلاقا إلا ما جاء على هذا الوجه المخصوص .

وكذلك لا وجه لقول الجمهور في الرد عليهم أن الطلاق ممن يقصده في محله الشرعي وهو أهل له طلاق بيقين . وذلك أن المراد بهذا الطلاق الذي شرعه الله بالكيفية التي أوردها .

أما ما عدا ذلك مما أورده على المعقول الذي استدل به المخالفون فإنا نسلم بسداد رأيهم فيه وسلامة موقفهم .

الترجيح

بعد استعراض مذهب جمهور الفقهاء الذي يقول بوقوع الطلاق البدعي أثناء الحيض أو في الطهر الجامع فيـــه وإقامتهم الأدلة واستعراض مذهب المخالفين الذين يقولون بعدم وقوع الطلاق البدعي ، واستنادهم أيضا إلى أدلة نرى أن كلا من الفريقين يحاول هدم ما يستدل به الآخر أين كان نوع الاستدلال منقولا أو معقولا ، ولكن الذي يترجح في نظرنا أن الطلاق البدعي لا يقع وذلك لعدة أسباب :-

أولا : بالنظر إلى قوله تعالى « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض . . . » الآية . وبالنظر في هذه الآية نجد أن لها سياق وسباق أما سباقها إنها بدأت بسؤال عطف على سؤالين قبله هو السؤال عن الخمر ، والسؤال عن اليتامى وثالثها السؤال عن قربان النساء أثناء حيضهن وجاء الجواب

فى الثلاث يكاد أن يكون متحداً بالتحريم . وهذه المقدمة مدخل لما نريد أن نقوله وهو أن امتناع القربان أثناء الحيض لا يقف عند ترك القربان المادى ، بل يتعداه إلى ترك القربان المعنوى، لأن القربان المادى سبب فى القرب المعنوى وكذا ترك القربان المادى يعتبر تركا للقربان المعنوى ، وجـــاء ترك القربان بصيغة النهى والنهى يقتضى التحريم ، حيث قال تعالى ، ولا تقربوهن ، وتطليقها أثناء الحيض إن قلنا بإيقاعه يعتبر مخالفا للنهى الوارد فى الآية ، لأن إيقاع الطلاق يقتضى مواجهة المرأة ، ومواجهتها يعد قرباناً لها ، وهو منهى عنه .

ثانيا : أنظر إلى قوله تعالى ، قل هو أذى ، وهـــذا عن الحيض بالنسبة للمرأة لأنها أثناء حيضها تنفر منها الطباع وتشمئز منها النفوس ، وربما يظن الزوج الذى لا يطيق ، أن يوقع عليها الطلاق أثناء حيضها ، وربما لو طهرت وحل له القربان عدل عما بدر منه وهو إيقاع الطلاق عليها أثناء حيضها .

ثالثا : إذا كان الحيض بالنسبة للمرأة أذى ، كما أخبر القرآن والطلاق بطبيعة حاله أذى شديد ، فكيف القول بوجود إيذائين فى وقت واحد .

رابعا : أن الطلاق أثناء الحيض يعد بدعة وهذا أمر متفق عليه لم يشذ عنه أحد ، والمعروف أن كل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة فى النار فكيف نقول بأنه بدعى فيكون ضلالا ، وهل نقول بإيقاع المسلم فى الضلالة .

خامسا : وهو يتولد عن رابعا ، إن كان بعض العلماء قد حكوا الاجماع على وقوع الطلاق البدعى أثناء الحيض أو فى الطهر المجامع فيه فيه حكاه أبو نصر عن ابن عليه وهشام بن الحكم والشيعة (١) .

---

(١) المغنى لابن قدامه شرح الخرقى جـ ٨ ص ٢٣٧ و ٢٣٨ ط المنار .

هذا الاجماع المدعى غير متحقق لوجود بعض المخالفين كما حكى عن الظاهرية والشيعة وابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، أليس هؤلاء بعلماء وفقهاء يعتد برأيهم ويؤخذ بأفكارهم ، فاذا بهم يخالفون ، وعن الاجماع الذين إدعوه يخرجون ، فأين الإجماع المحكى إذاً ؟ كما أنه من شروط تحقق الإجماع كما قال الشاطبي : لابد من نقل الإجماع عن جميع أهل الحل والعقد .

وهم علماء الأمة الاسلامية فى سائر الأقطار والأمصار وهذا يعتبر اثباته، ثم نقول ثانيا : إن فرض وجوده فلا بد من دليـــل قطعى يكون مستندهم ويجتمعون على أنه قطعى ، فقد يجتمعون على دليل ظنى فتكون المسألة ظنية لا قطعية ، فلا تفيد اليقين ، لأن الاجماع إنما يكون قطعياً على فرض اجتماعهم على مسألة قطعية لها مستند قطعى ، فإن اجتمعوا على مستند ظنى فمن الناس من خالف فى كون هذا الاجماع حجة ، فإثبات المسألة بالاجماع لا يتخلص (١) .

سادساً : هناك قاعدة فقهية مؤداها « أنه ما اجتمع الحلال والحرام إلى غلب الحرام الحلال » (٢) ، وهذه القاعدة يقول البعض إنها تستند إلى حديث هو بهذا النص ، وهى تقتضى صميم موضوعنا وبمقتضاها يترجح عدم وقوع الطلاق أثناء الحيض أو أثناء الطهر الجامع فيه ، وتفرعه على النحو التالى :

لو قلنا : إن الطلاق من حيث هو حلال مع أنه أبغض الحلال إلى الله لكن وقوعه فى هذه الأوقات بالذات بدعى ، والبدعة ضلالة كما سبق إذاً فإيقاعه أثناء

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٥ .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٥ .

الأوقات البدعية يعد حراماً وعندئذ يكون معنى الطلاق وهو حلال ، والوقوع وهو بدعي محـــرم ، فيغلب الحرام الحلال ومن ثم لا يقع الطلاق لأنه بدعة وحرام ، قال السيوطي ما نصه ، قال الأئمة إنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لإجتناب محرم ، وذلك أولى من عكسه ، (١) .

سابعا : أن كل من الجمهور القائلين بالوقوع والمخالفين القائلين بعدمه يتمسكون بحديث ابن عمر لا سيما في قول النبي ﷺ « مره فليراجعها » وقد تقدم معنى كلمة المراجعة عند الجمهور وتأويل المخالفين لها ، وأول إن الدليل إذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال وينبغي أن يبحث عن مرجح من خارج، وهذا الدليل موجود في حديث ابن عمر نفسه وقد ثبتت روايته بقول ابن عمر وهو صاحب المسألة أن النبي ﷺ ولم يرها شيء » .

ثامنا : إن النكاح أمر متيقن لأن استحلال الفروج بكلمة الله القاطعة الدلالة وينبغي أن يكون إنفصام هذا العقد بأمر قطعي الدلالة ليس الشك فيه مجال وليس فيه بحث لقيل وقال وكثرة السؤال ، ولكن وقوع الطلاق أثناء الوقت البدعي أمر طرح للبحث والمناقشة ومحل لتجاذب الطرفين ، دون أن ينهض دليل أحدهما على هدم دليل الآخر ، ولما كان الأمر كذلك ، أنه لا يزل الأمر المتيقن إلا بمتيقن ينبغي أن يكون الدليل المثبت الوقوع متواتراً أو مستند إلى نص حتى لا يتطرق إليه الشك وخال من المقدمات العشر التي نص عليها القاطبي وهي نقل اللغات وآراء النحو ، وعدم الاشتراك ، وعدم المجاز ، وعدم النقل الشرعي أو العادي ، وعدم الاضمار ، وعدم التخصيص للعموم ، وعدم التقييد

(١) المرجع السابق .

المطلق ، وعـدم الناسخ ، وعـدم التقديم والتأخير وعـــدم المعارض العقلي (١) .

ويلاحظ أن الحكم المقرر لوقوع الطلاق البدعى فى الحيض يتحقق بعينه فيما لو أوقع المطلق طلاقه حال النفاس ، أو فى طهر جامعها فيه .

القسم الثانى من طلاق البدعة

وهو الذى ترجع بدعيته إلى العدد بأن يطلق الرجل المرأة ثلاثا دفعة واحدة فى لفظ واحد لا إنقطاع فيه ، أو مفرقة فى مجلس واحـــد ، أو مفرقة فى طهر واحد لا وقاع فيه ولا فى حيض قبله .

وفيه خلافيتان :

الخلافية الأولى : فى مشروعية هذا القسم .

الخلافية الثانية : فى وقوع الطلاق وعدمه .

اما الخلافية الاولى

فتصويرها هل هذا القسم من حيث هو يأخذ صفة المشروعية بمعنى أن مرتكبه يكون قد فعل شيء مشروعا ، أو يعد غير مشروع ، بمعنى أن فاعله أثم ، وعندئذ يكون قد ارتكب حراماً . فيه قولان :

---

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤ . ط محمد على صبيح .

(الأول إنه مشروع غير محرم ، وهو مذهب الشافعية [1] وداود [2] ، وأحمد فى رواية .

واستدلوا بما روى أن عويمر العجلانى لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً بقوله فى حضرة الرسول ﷺ هى الطلاق هى الطلاق هى الطلاق ولم ينكر عليه الرسول ذلك [3] فدل هذا على أن الطلاق الثلاث إذا تفرق وكان فى مجلس واحد مشروع .

وكما استدلوا بهـــذا استدلوا بعموم الكتاب والسنة قال تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء » وقال ﷺ « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه » [4].

(الثانى) أن الطلاق فى هذا القسم غير مشروع وفاعله عاصيا وهو مذهب الحنفية (٥) والمالكية (٦) .

وحجتهم فى ذلك : قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » فإن معنى ذلك فى أطهار عدتهن أى ثلاثا فى ثلاثة أطهار فقـــد قابل الله الطلاق بالعدة وهما ذو عدد فيقسم آحاد أحدهما على آحاد الآخر فيكون أمر بالتفريق والأمر بالشىء نهى عن ضده وهو الجمع فيكون محرماً .

---

(١) المجموع للنووى جـ ١٦ ص ٨٤ .
(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦١ .
(٣) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٥٦ ط. الأخيرة .
(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٥ ط. الأخيرة .
(٥) الفتح القدير جـ ٣ ص ٢٤ .
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٨٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦١ .

وكما احتجوا بالكتاب واحتجوا بالسنة روى أن رسول الله ﷺ أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات فقام غضبان وقال: أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم (١)؟ ، فها نحن أولا نرى الرسول صلوات الله وسلامه عليه قد أنكر على من طلق ثلاثاً ما فعل فكان هذا الإنكار دليل عدم المشروعية .

والراجح عدم مشروعية هذا القسم ، لأن فاعله يعد آثماً إرتكب أمراً محظوراً .

ورابعها : تسميته بأنه بدعي يعد مخالفا للسنة ، والبدعة ضلالة وكل ضلالة فى النار ، وعلى هذا يكون فاعله عاصياً مستوجبا الإثم والعقوبة .

---

(١) سنن النسائي ح ٦ ص ١٤٢ ،

الخلافية الثانية

من حيث وقوع الطلاق وعدم وقوعه

وهذا يتضمن أن يوقع الثلاث طلقات بلفظ واحد ، أو أن يوقعها فى وقت واحد وهذا يشمل ما لو أوقع الثلاث فى مجلس متحد وقد وزعها على وقت المجلس وكذلك ما لو أوقع الطلقات الثلاث فى طهر واحد لم يجامع فيه ، وقد وقع الخلاف فى هذا كله على أربعة أقوال .

(القول الأول) أن الطلاق يتبع الطلاق ، وهو إيقاع الثلاث وهو مذهب جمهور التابعين وكثير من الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة وطائفة من أهل البيت منهم أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه ، والناصر والإمام يحيى ، حكى ذلك عنهم فى البحر ، وحكاه أيضا عن بعض الإمامية .

(القول الثانى) أن الطلاق لا يتبع الطلاق بل يقع واحدة فقط . وقد حكى صاحب البحر عن أبى موسى ورواية عن على كرم الله وجهه وابن عباس ، وطاوس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والهادى ، والقاسم ، والباقر ، والناصر ، وأحمد بن عيسى ، وعبد الله بن موسى بن عبد الله ، ورواية عن زيد بن على وقد أخذ بهذا الرأى جماعة من المتأخرين منهم ابن تيمية وابن القيم وجماعة من المحققين . وقد نقله ابن مغيث فى كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح ، ونقل الفتوى بذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقى ، ومحمد بن عبد السلام وغيرهما ، ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس ، كعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار ، وحكاه ابن مغيث أيضا فى ذلك الكتاب عن على رضى الله عنه ، وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير .

(القول الثالث) لا يقع بالطلاق المتتابع شيء لا واحدة ولا أكثر منها ، وهو مذهب بعض الامامية [1] ، وقد حكى ذلك عن بعض التابعين ، وروى عن ابن علية وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر وسائر من يقول : إن الطلاق البدعى لا يقع لأن الثلاث بلفظ واحد أو ألفاظ متتابعة منه وعدم وقوع البدعى هو أيضا مذهب الباقر والصادق والناصر [2] .

(القول الرابع) وفيه أن المطلقة إن كانت مدخولا وقعت الثلاث وإن لم تكن مدخولا فواحدة ، وهو مروى عن جماعة من أصحاب ابن عباس وإسحاق بن راهويه .

وإن كنا نرى أن القول الرابع لا يعد رأيا قائما برأسه بل يعد داخلا فى المذهب الأول وعلة هذا ، لأن القول الأول يقول بإيقاع الثلاث وهذا ما قال به أصحاب القول الرابع فى المدخول بها ، وإن الرأى الأول لم يتعرض لغير المدخول بها ، إلا أنه مفهوم بداهة أن غير المدخول بها تطلق بالأولى ، والثانية والثالثة لا يقعان لإنعدام المحلية ، وهذا داخل فى القول الأول ضمناً وإن لم ينصوا عليه . وتكون الأقوال فى نظرنا ثلاثة وليست أربع .

---

(١) جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام حـ ٥ ص ٢٩٢ وذكر البعض هم أبى عقيل وحمزه ، وسلام ، ويحيى بن سعيد .

(٢) كنز العرفان حـ ٢ ص ٢٧٧ .

(الأدلة)

أدلة أصحاب القول الأول :

(أولا) من الكتاب :

قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وظاهرها جواز إرسال الثلاث أو الثنتين دفعة أو مفرقة ووقوعها .

قال الكرماني : إن قوله « الطلاق مرتان » يدل على جواز جمع الثنتين ، وإذا جاز جمع الثنتين دفعة جاز جمع الثلاث ، « وقال الحافظ » بأنه قياس مع الفارق ، لأن جمع الثنتين لا يستلزم البينونة الكبرى ، بخلاف الثلاث .

وقال الكرماني : إن التسريح بإحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعة . « وتعقب » بأن التسريح في الآية إنما هو بعد إيقاع الثنتين فلا يتناول إيقاع الثلاث دفعة . وقد قيل إن هذه الآية من أدلة عدم التتابع ، لأن ظاهرها أن الطلاق المشروع لا يكون بالثلاث دفعة ، بل على الترتيب المذكور وهذا أظهر .

واستدلوا أيضا : بظواهر سائر الآيات القرآنية نحو قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ـ وقوله تعالى ـ « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » ـ وقوله تعالى ـ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ـ وقوله تعالى ـ « وللمطلقات متاع بالمعروف » ولم يفرق في هذه الآيات بين إيقاع الواحدة والثنتين والثلاث .

« وأجيب » بأن هذه عمومات مخصصة وإطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع فوق الواحدة .

(ثانيا) من السنة :

١ - عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس ، فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا، فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ، ثم يقول : يا ابن عباس ، يا ابن عباس ، وإن الله قال - ومن يتق الله يجعل له مخرجا - وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا ، عصيت ربك فبانت منك امرأتك ، وإن الله قال - يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن رواه أبو داود (١) .

٢ - وعن مجاهد عن ابن عباس ، أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة ، قال: عصيت ربك ، وفارقت امرأتك ، لم تتق الله فيجعل لك مخرجا (٢) .

٣ - وعن سعيد بن جبير عن ابن عباس : أن رجلا طلق امرأته ألفا ، قال : يكفيك من ذلك ثلاث وتدع تسعمائة وسبعا وتسعين .

٤ - وعن سعيد بن جبير عن ابن عباس ، أنه سئل عن رجل طلق امرأته عدد النجوم ، فقال : أخطأ السنة ، وحرمت عليه امرأته ، رواه الدار قطني وهذا يدل على إجماعهم على صحة وقوع الثلاث بالكلمة الواحدة (٣) .

٥ - وحدثني عن مالك : أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن مسعود . فقال : إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات ، فقال ابن مسعود : فماذا قيل لك ؟

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٥٨ ط الأخيرة .
(٢) المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٥٨ ط الأخيرة ، موطأ مالك ص ٣٤٠ .
(٣) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٥٨ ط الأخيرة .

قال : قيل لى إنها قد بانت منى . فقال ابن مسعود : صدقوا . من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ، ومن لبس على نفسه لبسا ، جعلنا لبسه ملصقا به ، لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم ، وهو كما يقولون (١) .

٦ — واستدلوا : بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن عويمرا العجلانى طلق امرأته ثلاثا بحضرة رسول الله ﷺ قبل أن يأمره بطلاقها قالوا فلو كان جمع الطلاق الثلاث معصية لما أقر عليه رسول الله ﷺ ، ولا يخلوا طلاقها أن يكون قد وقع وهى امرأته أو حين حرمت باللعان ، فان كان الأول فالحجة منه ظاهرة وإن كان الثانى فلا شك أنه طلقها وهو يظنها امرأته فلو كان حراما لبينها له رسول الله ﷺ وإن كانت قد حرمت عليه .

٧ — وفى صحيح البخارى من حديث القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فسئل رسول الله ﷺ أتحل للأول قال لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول ، فلم ينكر ﷺ ذلك وهذا يدل على إباحة جمع الثلاث وعلى وقوعها ، إذ لو لم يقع لم يوقف رجوعها إلى الأول على ذوق الثانى عسيلتها (٢) .

« أدلة القول الثانى »

واستدل أصحاب هذا القول بالسنة والقياس .

أما السنة : بما روى عن إسحاق بن ابراهيم ومحمد بن رافع ، واللفظ لابن رافع ، قال إسحاق أخبرنا ، وقال ابن رافع حدثنا عبد الرازق أخبرنا معمر عن

---

(١) موطأ مالك ص ٣٤٠ ط. الشعب .

(٢) فتح البارى جـ ١١ ص ط. الشعب .

ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم. رواه مسلم (١).

وفي رواية عن ابن طاوس عن أبيه عن أبا الصهباء قال لابن عباس أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وثلاثا من إمارة عمر فقال ابن عباس نعم (٢).

ـــ وقال أبو داود حدثنا أحمد بن صالح حدثنا عبد الرازق أن ابن جريج قال أخبرني بعض بني أبي رافع مولى رسول الله ﷺ عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق عبد يزيد أبو ركانة وأخوته أم ركانة ونكح امرأة من مزينة فجاءت النبي ﷺ فقالت ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة لشعرة أخذتها من رأسها ففرق بيني وبينه ما خذت النبي ﷺ حمية فدعا بركانة وأخوته ثم قال لجلسائه ألا ترون أن فلانا يشبه منه كذا وكذا من عبد يزيد وفلانا منه كذا وكذا قالوا نعم قال النبي ﷺ لعبد يزيد طلقها ففعل ثم قال راجع امرأتك أم ركانة واخوته فقال إني طلقتها ثلاثا يا رسول الله قال قد علمت راجعها وتلا «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» وقال الامام أحمد حدثنا سعد ابن ابراهيم قال حدثنا أبي عن محمد بن إسحاق قال حدثني داود بن الحصين عن عكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما قال طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني

---

(١) مسلم بشرح النووي جـ ٣ ص ٦٦٨ ط. الشعب ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٥ ط. الأخيرة.

(٢) مسلم بشرح النووي جـ ٣ ص ٦٦٨ ط. الشعب.

المطلب امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا قال فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتها فقال طلقتها ثلاثا فقال فى مجلس واحد قال نعم قال : فإنما تلك واحدة فارجعها إن شئت قال فراجعتها (١) .

وأما القياس : فقد تقدم أن جمع الثلاث محـرم وبدعة والبدعة مردودة لأنها ليست على أمر رسول الله ﷺ .

قالوا وسائر ما تقدم فى بيان التحريم يدل على عدم وقوعها جملة قالوا ولو لم يكن معنا إلا قوله تعالى فشهادة أحدهما أربع شهادات بالله ، وقوله « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله .

قالوا : وكذلك كل ما يعتبر له التكرار من حلف أو إقرار وشهادة وقد قال النبى ﷺ تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم فلو قالوا نحلف بالله خمسين يمينا أن فلانا قتله كانت يمينا واحدة .

قالوا : وكذلك الاقرار بالزنا كما فى الحديث أو بعض الصحابة قال لماعز أن أقررت أربعا رجمك رسول الله ﷺ فهذا لا يعقل أن يكون الاربع فيه مجموعة بفم واحد .

وانوقشت هذه الأدلة :

إن حديث ركانة فى اسناده محمد ابن اسحاق، ورد بأنهم قد احتجوا فى غير واحـــد من الأحكام بمثل هذا الإسناد ، ومنها معارضته لفتوى ابن عباس

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦١ ط. الأخيرة .
(٢) زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ٥٥ .

المذكور ، ورد : بأن المعتبر روايته لا رأيه . ومنها أن أبا داود رجح أن ركانة إنما طلق امرأته ألبتة كما تقدم ، ويمكن أن يكون من روى ثلاثا حمل البتة على معنى الثلاث ، وفيه مخالفة للظاهر ، والحديث نص في محل النزاع .

واستدلوا أيضا بحديث ابن عباس المذكور . وقد أجيب عنه بأجوبة : منها ما نقله المصنف صاحب منتقى الأخبار رحمه الله بعد اخراجه له ولفظه : وقد اختلف الناس في تأويل هذا الحديث . فذهب بعض التابعين إلى ظاهره في حق من لم يدخل بها كما دلت عليه رواية أبي داود ، وتأوله بعضهم على صورة تكرير لفظ الطلاق بأن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فانه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد ، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع ، فكان الناس في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر على صدقهم وسلامتهم وقصدهم في الغالب الفضيلة والاختيار لم يظهر فيهم خب ولا خداع ، وكانوا يصدقون في إرادة التوكيد ، فلما رأى عمر في زمانه أمورا ظهرت وأحوالا تغيرت وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل ألزمهم الثلاث في صورة التكرير إذ صار الغالب عليهم قصدها . وقد أشار إليه بقوله « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة » . وقال أحمد بن حنبل : كل أصحاب ابن عباس رووا عنه خلاف ما قال به طاوس وسعيد ابن جبير ومجاهد ونافع عن ابن عباس بخلافه وقال أبو داود في سننه : صار قول ابن عباس فيما حدثنا أحمد ابن صالح قال : حدثنا عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن إياس أن ابن عباس وأبا هريرة وعبد الله ابن عمرو بن العاص سئلوا عن البكر يطلقها زوجها ثلاثا ، فكلهم قالوا: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره انتهى كلام صاحب منتقى الأخبار (١) .

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٦٢ ط . الأخيرة .

وقوله : وتأوله بعضهم على صورة التكرير لفظ الطلاق الخ ، هـذا البعض الذى أشار إليه هو ابن سريج ، وقد ارتضى هذا الجواب القرطبي .

وقال النووى : إنه أصح الأجوبة ، ولا يخفى أن من جاء بلفظ يحتمل التأكيد وادعى أنه نواه يصدق فى دعواه ولو فى آخر الدهر ، فكيف بزمن خير القرون ومن يليهم ؟ وإن جاء بلفظ لا يحتمل التأكيد لم يصدق إذا ادعى التأكيد من غير فرق بين عصر وعصر . ويجاب عن كلام أحمد المذكور بأن المخالفين لطاوس من أصحاب ابن عباس إنما نقلوا عن ابن عباس رأيه ، وطاوس نقل عنه روايته فلا مخالفة . وأما ما قاله ابن المنذر من أنه لا يظن بابن عباس أنه يحفظ عن النبى ﷺ وآله وسلم شيئاً ويفتى بخلافه . فيجاب عنه بأن الاحتمالات المسوغة لترك الرواية والعدول إلى الرأى كثيرة ، منها النسيان . ومنها قيام دليل عند الراوى لم يبلغنا ، ونحن متعبدون بما بلغنا دون ما لم يبلغ . وبمثل هذا يجاب عن كلام أبى داود المذكور . ومن الأجوبة عن حديث ابن عباس المذكور ما نقله البيهقى عن الشافعى أنه قال : يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ . ويجاب بأن النسخ إن كان بدليل من كتاب أو سنة فما هو ؟ وإن كان بالاجماع فأين هو ؟ على أنه يبعد أن يستمر الناس أيام أبى بكر وبعض أيام عمر على أمر منسوخ ، وإن كان الناسخ قول عمـر المذكور فحاشاه أن ينسخ سنة ثابتة بمحض رأيه ، وحاشا أصحاب رسول الله ﷺ أن يجيبوه إلى ذلك . ومن الأجوبة دعوى الاضطراب كما زعمه القرطبى فى المفهم ، وهو زعم فاسد لا وجه له ، ومنها ما قاله ابن العربى : إن هذا حديث مختلف فى صحته فكيف يقـدم على الاجماع ، ويقال أين الاجماع الذى جعلته معارضاً للسنة الصحيحة . ومنها أنه ليس فى سياق حديث ابن عباس أن ذلك كان يبلغ النبى ﷺ حتى يقرره والحجة إنما هى فى ذلك . وتعقب بأنه قول صحابى : كنا نفعل

كذا فى عهد رسول الله ﷺ فى حكم المرفوع على ما هو الراجح . وقد علم بمثل هذا فى كثير من المسائل الشرعية .

دليل أصحاب القول الثالث :

واحتج القائلون بأنه لا يقع شيء لا واحدة ولا أكثر منها بقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان » فشرط فى وقوع الثالثة أن تكون فى حال يصح من الزوج فيها الإمساك ، إذ من حق كل مخير بينهما أن يصح كل واحد منهما ، وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها الك ، وإذا لزم فى الثالثة كذا قيل .

وأجيب : بمنع كون ذلك يدل على أنه لا يقع الطلاق إلا بعد الرجعة . ومن الأدلة الدالة على عدم وقوع شيء الأدلة المتقدمة فى الطلاق البدعى .

واستدلوا أيضا بحديث « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » وهـذا الطلاق ليس عليه أمر النبى ﷺ وأجيب بتخصيص هـذا العموم ، هذا العموم بما سبق فى أدلة القولين الأولين من الحكم بوقوع الطلاق المثلث ، لأنا وإن منعنا وقوع المجموع لم نمنع من وقوع الفرد (١) .

دليل أصحاب القول الرابع :

والقائلون بالفرق بين المدخولة وغيرها أعظم حجة لهم حديث ابن عباس ، فإن لفظه عند أبى داود « أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة » الحديث ، ووجهوا ذلك بأن غير المدخول بها

---

(١) أنظر الأدلة فى نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٣ ط. الأخيرة ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٥٥ ، كنز العرفان جـ ٢ ص

ثبين إذا قال لها زوجها « أنت طالق » فإذا قال ثلاثاً لغا العدد لوقوعه بعد البينونة .

«ويجاب» بأن التقييد بقبل الدخول لا ينافى صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول . وغاية ما فى هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة » وذلك لا يوجب الاختصاص بالبعض الذى وقع التنصيص عليه .

« وأجاب القرطبي » عن ذلك التوجه بأن قوله أنت طالق ثلاثاً كلام متصل غير منفصل ، فكيف يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكماً ؟

وبعد عرض هذه الآراء وذكر أدلة كل رأى وإتباعه بالمناقشة الواردة عليه نرى أنه من الأولى أن نجمع بين هـــذه الآراء ونخرج منها برأى مؤداه أن الطلقات الثلاث إذا أوقعت بلفظ واحد أو أوقعت فى مجلس واحد وإن وقعت متفرقة على وقت المجلس فإنها تعتبر طلقة واحدة رجعية أما إذا أوقعت الثلاث فى طهر واحد متفرقة على وقت الطهر فإننا نرى أنها تعتبر ثلاث، أو ثنتين بقدر ما أوقع ، وهذا يعتبر إختياراً للرأى الذى قال به الجمهور فى جزء وهو إيقاع الطلقات الثلاث فى الطهر ، وأخذاً بالرأى الثانى فيما إذا أوقع الثلاث بلفظ واحد أو أوقعها فى مجلس واحد ويرجع ذلك إلى عدة أسباب :-

(أولها) أن إيقاع الثلاث بلفظ واحـــد أو فى مجلس واحد يعد فيه تركا للتروى والتأنى الذى لا بد منه فى استخدام هذا الحق ، وإن كان الطلاق حقا مقرراً للزوج ، إلا أنه لا ينبغى أن يكون متعسفا فى استعماله ، وإيقاعه فى مجلس واحـد ثلاث أو فى لفظ واحـد ثلاث يعد تعسفا منهى عنه بإتفاق الفقهاء .

(ثانيا) أن حديث عويمر العجلانى الذى استدل به الجمهور على إيقاع الثلاث بلفظ واحد ، فان النبي ﷺ ، وقد فرق بينهما باللعان ونطقه بالطلاق بعد ذلك يعد لغوا لوقوع الفرقة بالملاعنة ، كما ورد فى بعض الروايات « قوما فقد فرقت بينكما » فلما نطق بعد ذلك بالطلاق عد ذلك تنفيسا لما كان يجول فى صدره ، ولذلك سكت النبي ﷺ ولم يتعرض له .

(ثالثا) إن الآثار المروية عن ابن عباس لا تعدو أن تكون قول صحابى وفيه الخلاف هل يعتبر حجة أو لا ؟

(رابعا) أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لم يعد ثلاث تطليقات إلا فى زمن عمر رضى الله عنه ، لما روى عن ابن عباس كما ورد دليلا للقول الثانى .

وأما قولنا إن الثلاث لا يقعن فى مجلس واحد ، لأن إتحاد المجلس يعد شأنه شأن الكلمة الواحدة إذ ربما كان المجلس منعقداً خصيصاً للتوفيق بينهما فاذا ما إحتد النزاع واحتدم الخلاف يجب أن يكون هناك فرصة للتروى والأناة ومن ثم قلنا إنها تقع واحدة رجعية قياساً على اثبات خيار المجلس فى البيع ، فلو إنعقد البيع من أول المجلس أعنى أنه صدر الإيجاب يجوز تأخير القبول إلى آخر المجلس مهما امتد وقته وهذا ما يسمى بخيار القبول وذلك لمنح فرصة التروى والتفكير ، بل وقوع ذلك فى الطلاق أولى لأن البيع يمكن الرجوع فيه بالخيارات الأخرى كالعيب والرؤيا بخلاف الطلاق فلا رجوع فيه .

(خامسا) أننا لو أوقعنا الثلاث فى مجلس واحد لكان ذلك بدعة منهى عنها لأن كل بدعة ضلالة وكل ضلالة فى النار ، ويعتبر أمراً مستحدثا فى الدين فيه شدة على المسلمين وهذا منهى عنه لقوله ﷺ « من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » .

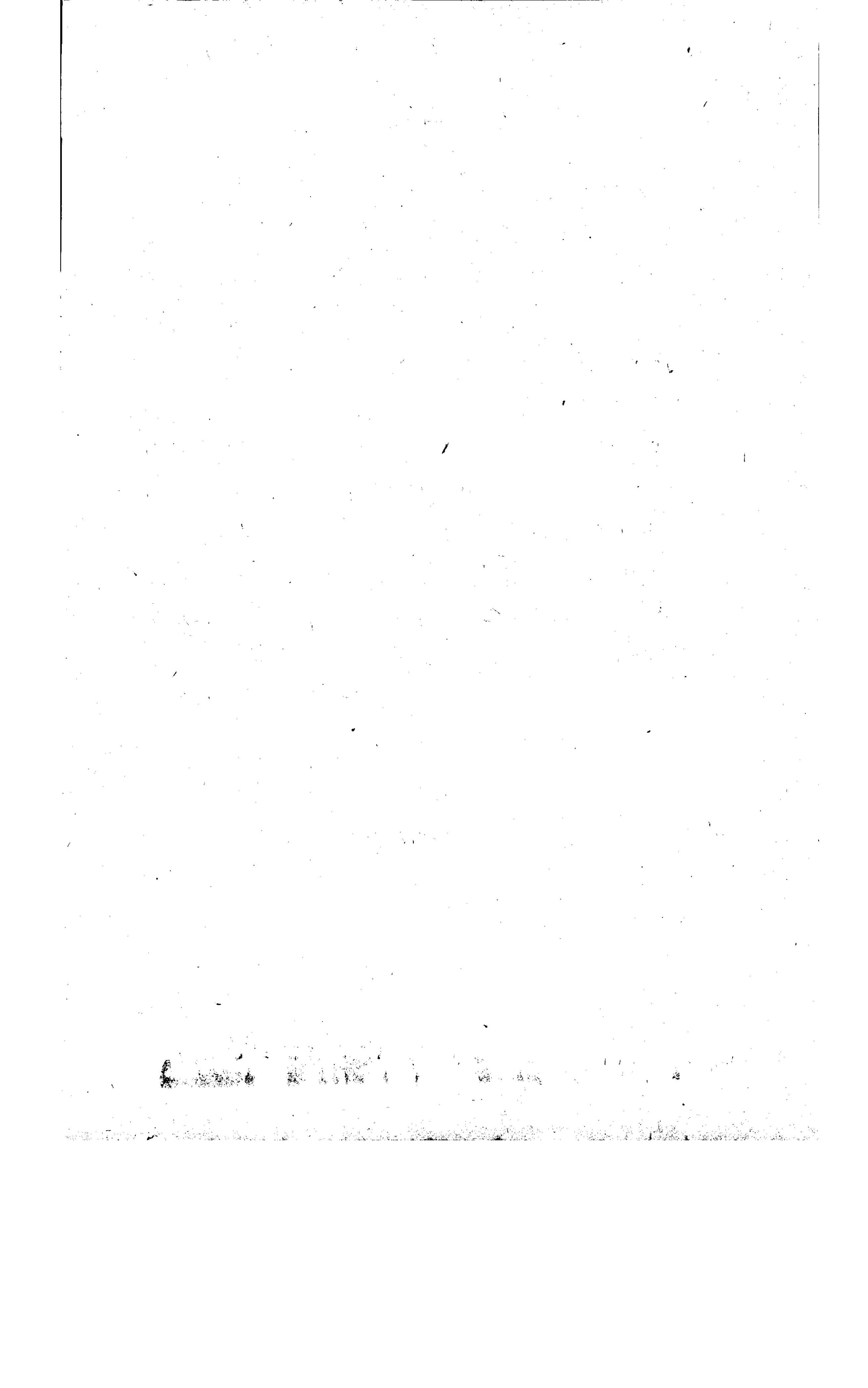
(سادساً) أن الرأى القائل بأنه لو أوقع الثلاث فى طهر واحد متفرقات يحتسبن له وذلك لأنه أوقع كل طلقة على حده وبين كل طلقة وأخرى فرصة للتروى والتفكير وإن قلت ، وفى كل طلقة صدرت منه كانت صادرة من أهل فى محل مع وجود القصد لذا رأينا إحتسابهن عليه .

(سابعا) أما الرأى الذى يقول بأنه لا يقع شيئاً فهذا رأى لا وجاهة له وربما جانبه الصواب إذ كيف يصدر عن المكلف لفظ مع توافر الأهلية لديه وقابلية المحل للنفاذ ومع عدم المانع من الوقوع ، على الأقل تقع واحدة ، « لأن إعمال كلام المكلف أولى من إهماله »[1] .

(ثامنا) أما من فصل بين المدخول بها وغير المدخول هذا التفصيل لا محل له ، لأن غير المدخول بها تبين بواحدة فلا تعتبر بعد ذلك محلا لإيقاع الطلقات الأخرى ، بخلاف المدخول بها ، فإن محليتها صالحة لإيقاع الثلاث وكما قلنا آنفا إن المدخول بها يعد كلامهم عنها موافق لما عليه الأئمة الأربعة وقد إخترنا خلافه ورد لنا على الإختيار .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي .



الباب الخامس

الركن الخامس

(الأشهاد)

تقدم أن الطلاق عقد كسائر العقود تترتب عليه آثار كثيرة من العقود الأخرى ، ومن ثم كان لا بد من توافر الأركان التى لا بد من توافرها فى العقود الأخرى ، والناظر فى سائر المعاملات، وأولها عقد البيع حيث إنه يعتبر أساس لسائر العقود الأخرى ، ومن ثم كانت الشهادة ركناً فيه بالنص القرآنى، حيث قال الله عز وجل « وأشهدوا إذا تبايعتم » [1] .

والإشهاد : هو أن يحضر المطلق عند إيقاع الطلاق شهوداً يسمعون الألفاظ التى تصدر منه ، ويحللونها هل هى صريحة فى الطلاق أو كناية فيـــه ويرون ما إذا كان الطلاق منجزاً أو معلقا ، أوقعه بطريق السنة أو البدعـــة ، طلق واحدة أو أكثر ، ويشترط فى شهود الطلاق ما يشترط فى سائر الشهود من الاسلام ، والحرية ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة لأنهم يشهدون على إنفصام عقد وإزالة آثار عقدة النكاح وترتب آثار الطلاق بناءاً على شهادتهما ، فلو كان أحد هذه الشروط المتقدمة مختلا فى أحد الشهود فإنه لا تقبل شهادته ، ومن ثم فانه لا تقبل شهادة الكافر ، لأن الشهادة يترتب عليها آثار قد تكون نافعة أو قد تكون ضارة ففيها سبيل على المؤمنين ، لقوله تعالى «ولن يجعل الله الكافرين

(١) سورة البقرة .

على المؤمنين سبيلا » (١) ولا تقبل شهادة العبد عند جمهور الفقهاء وإن خالف في ذلك أهل الظاهر فأجازوا شهادة العبد ، وإن كنا نؤيدهم في قبولها لأنه ليس هناك ما يمنع من قبول شهادته لدخوله في عموم قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » (٢) .

ولا تقبل شهادة الصبي لكونه لا يستطيع أن يفعل شيء لنفسه بل هو محتاج إلى من يقوم بشئونه ، ومن ثم ففاقد الشيء لا يعطيه .

ويشترط توافر العقل إذ هو مدار التكليف وبفقده ينعدم التكليف بالأمور الشرعية ، ومن ثم فلا تقبل شهادة المجنون والمعتوه والسفيه ، وغير ذلك . وأما العدالة ، لأن الله طلبها في الشهود وحث على توافرها ، وأمر بتحققها حيث قال « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فلا بد أن يكون الشاهد متجنبا الكبائر غير مصر على الصغائر تتوافر فيه المروءة ، يعطى كل ذى حق حقه ، فتوافر هذه الشروط مجتمعة مطلوب وإخلال شيء منها يؤدى إلى رد الشهادة .

وأما كون الشهادة ركناً في الطلاق لا بد من توافره لم يكن ذلك على إتفاق ، وإنما كان ذلك موضع أخذ ورد ، ومجادلة بين الفقهاء فسنذكر الخلاف في ذلك بعد ذلك نبدى رأينا متوخين جانب الحق قاصدين الوصول إلى الصواب .

وسبب إختلاف العلماء في هذا ورود الآية الكريمة في سورة الطلاق تحث على إقامة الشهود ، عقب ذكر الفراق أو الرجعة ، حيث قال تعالى « فاذا بلغن

---

(١) سورة النساء
(٢) سورة البقرة

أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (١) وقع الخلاف فى ذلك على قولين :-

(القول الأول) لجمهور العلماء ، فقد قالوا أنه لا تجب الشهادة عـلى الطلاق وليست ركناً فيه ، واستدلوا على ذلك بأن قوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » راجع إلى الرجعة ولا تعود إلى الفراق ، حتى إن رجوعه إلى الرجعة ليس على سبيل الوجوب ، بل يكون على الندب وهو قول الشافعى ، حتى لو راجع ولم يشهد صحت رجعته ويجوز له أن يشهد بعدها بمدة ، والإشهاد على الرجعة يكون من باب الاحتياط ، ألا ترى أنه ذكر الطلاق مع الرجعة ولا يشك أحد فى وقوع الطلاق بغير بينة . وقد روى شعبة عن مطر الوراق عن عطاء والحكم قالا : إذا غشيها فى العدة فغشيانه رجعة (٢) .

(القول الثانى) يقول بوجوب الإشهاد عـلى الطلاق ، بمعنى أنه لو وقع بدونه لا يصح وهـو مروى عـن أئمة الشيعة (٣) ، وعمران بن الحصين وعطـاء (٤) .

وقد استدلوا على ذلك : بالكتاب والآثار :

أما الكتاب فقول الله تعـالى « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » ، وجه

---

(١) سورة الطلاق
(٢) أحكام القرآن للجصاص حـ ٥ ص ٣٥١ .
(٣) كنز العرفان حـ ٢ ص ٢٥٣ .
(٤) تفسير ابن كثير حـ ٨ ص ١٨٧ ط. الشعب .

الدلالة أن الآية لها سباق وسياق ، أما السباق فقد سبقت الآية المذكورة بأن الطلاق لا يكون إلا العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ولا بد من إعتبار الحدود التى وضعها الله ومن يتعداها يعتبر ظالما لنفسه ،وأما سياقها فإنها ذكرت فى سياق الرجعة أو الفراق ثم بعد ذلك طلب الاشهاد مباشرة وجعل إقامة الشهادة لله لا لغيره ، فدل ذلك لكون الكلام فى الطلاق فيكون ذلك قرينة دالة على رجوعه إليه .

لا يقال : إنه راجع إلى الإمساك المراد به المراجعة ، لأنه أقرب من الطلاق.

لأنا نقول: الأقربية كانت مرجحة لكان عوده إلى الفراق لكونه أقرب أولى.

إن قلت ، إن الفراق هنا ترك الرجعة ، وترك الشيء لا يحتاج إلى الاشهاد ، لكونه أصلا بعد وقوع الطلاق فلهذا الوجه لا يرجع إلى الفراق .

قلت ، إن ما ذكرتم من اعتبار القرينة هو عين مرادنا ، إذ هو خروج عن دعوى كون القرب مرجحا ورجوع الى القرينة ، وإذا كان الاعتبار بالقرينة فهى حاصلة فى الطلاق لاحتياجه إلى الاشهاد غاية الاحتياج ، لجواز وقوع النزاع فى وقوعه وعدمه ، فيحتاج إلى طريق فى إثباته لو إدعى وقوعه ، وذلك بالاشهاد إذ ليس غيره إلا اعتراف الزوجة،فيجوز عدمه أو يمينها فيجوز أيضا عدم علمها ، وأورد اليمين على الزوج فيجوز موته ، ويكون النزاع مع ورثته .

ولا يستبعد رجوعه الى الطلاق وإن كان بعيداً مع وجود القرينة وعدم الفصل بكلام أجنبى ، فإن القصة واحدة ، ونظيره فى الكلام أن يقول الرجل لوكيله « اشتر من فلان سلعة كذا » « وبع على فلان سلعة كذا » واقبض الثمن

وسلمه إلى البائع ، وأعد السلعة إلى فلان ، وأشهد عليه ذوى عدل ، فى أن الاشهاد يعود إلى ما يحتاج إلى الاشهاد، هذا مع أنه يمكن عود الأمر بالاشهاد إليهما معا .

إن قلت : عوده إليهما يستلزم تساوى الطلاق والرجعة فى وجوب الاشهاد واستحبابه ، وأنتم لا تقولون به ، بل بالوجوب فى الطلاق والاستحباب فى الرجعة .

قلنا . فحينئذ يكون من المجملات التى بينها العترة الطاهرة بتفصيل أحكامها بأن يكون لمطلق الرجحان ، فمع قيد عدم جواز الترك يكون فى الطلاق ومع قيد جوازه يكون فى الرجعة ، ثم أنه تعالى أمر بإقامة الشهادة لله لا لرغبته أو لرهبته ، وأخبر بأن ذلك المنتفع بالأمر هو المؤمن بالله واليوم الآخر (١) .

أما الآثار :ـ

فيما روى فى سنن أبى داود وابن ماجه عن بشر بن هلال الصواف ، ثنا ، جعفر بن سليمان الضبعى، عن يزيد الرشك ، عن مطرف بن عبد الله بن الشخير أن عمران بن الحصين سئل عن رجل طلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها . فقال عمران : طلقت بغير السنة ، ورجعت بغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد (٢) .

---

(١) كنز العرفان جـ ٢ ص ٢٥٤ تعليق محمد باقر شريف زاده مدظله .

(٢) سنن أبى داود ، كتاب الطلاق باب فى نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ، وسنن ابن ماجه ، كتاب الطلاق باب الرجعة جـ ١ ص ٦٥٢ الحديث رقم ٢٠٢٥ .

وقال ابن جريج كان عطاء يقول « وأشهدوا ذوى عدل منكم » قال : لا يجوز فى نكاح ولا طلاق ولا رجاع إلا شاهدا عدل ، كما قال الله تعالى « إلا أن يكون عذر »(١) .

والراجح لدينا أن الاشهاد يعتبر ركنا فى الطلاق لا بد من توافره ما دام لا يوجد عذر يمنع من إقامة الشهادة ، فإن كان هناك عذر أشهد على وقوعه حتى تمكن من ذلك وزال عذره وذلك لعدة أسباب :-

(الأول) إن قوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » جاء ذكره عقب الطلاق أو الرجعة ، وكان ذكره بصيغة الأمر ، والأمر يقتضى الوجوب وهو حقيقة فيه ، ولا يصرف عنه إلا بقرينة ، ولا قرينة صارفة .

(الثانى) أن إقامة الشهادة لا تكون لرغبة أو رهبة وإنما إقامتها لله رب العالمين .

(الثالث) إن الطلاق كسائر العقود الأخرى التى لا بد فيها من الاشهاد بل هو أولى من غيره بالإشهاد ، لطلبها فيه نصاً . وليس بعد النص من دليل .

(الرابع) إن الطلاق كالنكاح لأن النكاح إنشاء لعقد الزوجية والطلاق إنهاء هذا العقد ويكاد أن يجمع الفقهاء على وجوب الشهادة فى النكاح وجعلها ركناً فيه ، لقول النبى ﷺ « لا نكاح إلا بولى وشاهدا عدل » وهذا حديث آحاد ، ومع ذلك لم يختلفوا فى وجوب الشهادة فى النكاح ، فكيف بالطلاق الذى

---

(١) تفسير ابن كثير جـ ٨ ص ٩٧١ ط. الشعب ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٥ ص ٣٥١ .

دل القرآن على وجوب الاشهاد فيه تصريحا لا تلميحاً . وأيضا نطلب الشهادة في النكاح لأن فيه إحتياطاً لاستباحة منافع البضع وذلك لتوفر اليقين المثبت للعقد وإزالة هذا العقد لا تتحقق إلا باليقين والإشها يدل على هذا الفسخ المتيقين فإن قيل : إن النكاح تترتب عليه آثار مالية وهو ثبوت الصداق وثبوت النسب والتوارث لذلك كانت الشهادة واجبة فيه ، نقول : إن الطلاق أيضا تترتب عليه آثار مالية أيضا وهـو ثبوت النفقة والعدة لإستبراء الرحم وانقطاع النسب وزوال التوارث لذا تجب فيه الشهادة كالنكاح سواء بسواء .

وبعد هذا كله نجد أن الفقهاء الذين لم يقولوا بوجوب الاشهاد في الطلاق نجدهم يقولون بوجوب الاشهاد على كتاب الطلاق ، وهـو ما لو كتب بالطلاق لزوجته في بلد آخر ، فإنه لا يقبل طلاقه إلا بوجود شاهدين على الكتاب وقد جاء في المغنى لابن قدامه (١) . ما نصه :

« ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه » .

قال أحمـد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق ، لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول ، قيل له فإن شهد حامل الكتاب قال ، لا إلا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ، لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديهـا وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره في حقها في العدة وجواز التزويج بعد انقضائها ، وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكتفى فيه بسماعها الشهادة .

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٢٤١ .

وجاء فى الفتح القدير (١) . ما نصه « فى الشهادة على الطلاق من الكافى الحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله فى كتبه لو شهد بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما .

ومن هذه النصوص المتقدمة تعلم كما تقرر عند الحنابلة أنه لا يقبل الطلاق بطريقة الكتابة إلا إذا شهد عليه شاهدان فإنعدام الشهادة يؤدى إلى انعدام القبول ومن ثم لا يقع ، ومضمون كلام محمد أنه إعتبر قول البينة وإن خالف قول الزوجين فى الطلاق ، وقال بأن الطلاق يقع لتكذيب البينة الزوجين ، وما هذا إلا تأييد واستئناس بنصوصهم على تأييد ما نقول بوجوب الاشهاد على الطلاق والله أعلم .

« تم بحمد الله وتوفيقه »

(١) الفتح القدير ج ٣ ص ٩٨ .

خاتمة

هذا البحث قد توصلت فيه إلى نتائج من وجهة نظرى قد تكون لها من الأهمية مكاناً مرموقاً .

(أولا) إثبات أن الطلاق عقد من العقود يسرى عليه ما يسرى على سائرها كما أنه لا فرق بين الطلاق المعلق والمنجز ، وإن كان البعض قصد فرق بينهما ، وجعل المعلق عقداً والمنجز ليس كذلك .

(ثانيا) لما كانت العقود لها أركان لا بد من توافرها ، كان للطلاق أركان توافرت فيه ، وإن كثرت وتعددت ، وجعلنا له خمسة أركان وقد ذكرت على التفصيل السابق .

(ثالثا) قد ذكرت الركن الأول فى المطلق وحصرت سائر الأحكام التى تدور حوله مع ذكر آراء الفقهاء المعتمدة وترجيح بعضها على البعض ذاكراً أسباب الترجيح ، وإن كان لى رأى فقد نوهت به مع ذكر الأدلة التى تعضده وتؤيده ، وعلى سبيل المثال رجحت أن طلاق المكره لا يقع .

(رابعا) ذكرت ركن المطلقة وبينت سائر الشروط التى يجب توافرها فى المطلقة ، ومدى صلاحية المحل لوقوع الطلاق ، وذكر المسائل المتعلقة بالمحل والخلافيات الواقعة فيها مع الترجيح لما اخترناه بالدليل .

(خامسا) ذكرت الركن الثالث وهى النية وبينت معناها وشروطها ومدى أهميتها فى الطلاق ، مع ذكر بعض نماذج ومسائل تدل على كون النية ركن ، مع التنويه عنها فى الأركان الأخرى .

(سادسا) تكلمت عن الركن الرابع : من حيث الصيغة وبيان أهمية صيغة الطلاق وبينت أنها تتنوع إلى صريح وكناية ، وبينت الألفاظ الصريحة وذكرت بعض الكنايات مع سرد آراء الفقهاء وبيان أدلتهم مع الترجيح لما نختار بالدليل ، ولم يقتصر ذكر الصيغة على هذا النحو بل تعرضنا لوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو فى مجلس واحد إلى غير ذلك من الأحكام المتعلقة بذلك الركن .

(سابعا) ذكرت الركن الخامس وهو الاشهاد على الطلاق وبينت أهمية هذا الركن وذكر آراء الفقهاء مستنداً فى إثباته إلى كتاب الله تعالى وهو خير دليل قاطع وبرهان ساطع .

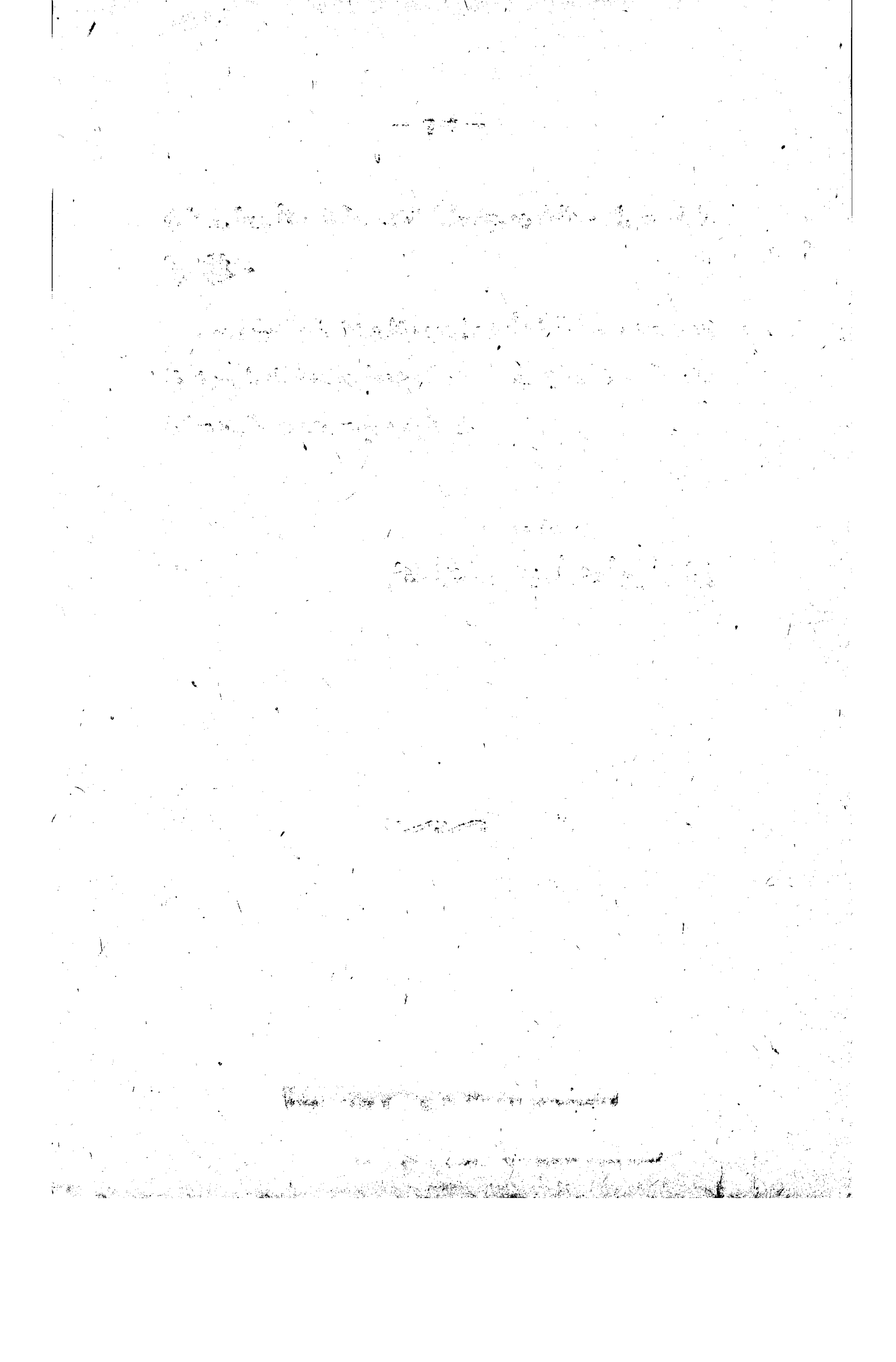
(ثامنا) بعد استيفاء هذه الأركان لا شك أنه لا بد من توافرها لوقوع الطلاق ، وانعدام ركن منها يؤدى إلى انعدام سائرها ، لأن الركن ما كان داخلا فى الماهية ، وفقد شىء من الماهية يؤدى إلى فقد الماهية كلها ، هذا وقد بذلت فى هذا البحث جهدا أرجو من الله الثواب عليه ، فإن وفقت فهذا من فضل الله ، وإن كان هناك ثمت خطأ أو تقصير فمنى ومن الشيطان ، ولا شك أن كل من أعمل فكره ورأيه ليس معصوماً من الخطأ وأنا لا أدعى الاجتهاد ،

بل النص المؤد أثناء التفكير وإعمال الرأى خير من إهماله ، على حد قول النبي ﷺ .

« من اجتهد فأصاب له أجران ، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر » وحسبي من الله أن يسر لى هذا القدر من البحث والدرس أرجو منه التوفيق والاستمرار فى البحث والدرس وهو حسبي ونعم الوكيل .

دكتور

محمد اسماعيل عيساوى أبو الريش



مراجـــع البحث

التفسير وعلوم القرآن :

١ — الاتقان فى علوم القرآن لجلال الدين السيوطى .
٢ — أحكام القرآن للجصاص — أحمد بن على .
٣ — تفسير ابن كثير .
٤ — تفسير البيضاوى — المسمى أنوار التنزيل لأسرار التأويل القاضى ناصر الدين عبد الله بن عمر .
٥ — تفسير الطبرى — جامع البيان فى تأويل آى القرآن .
٦ — تفسير الفخر الرازى — مفاتيح الغيب .
٧ — تفسير القرطبى — الجامع لأحكام القرآن .
٨ — التسهيل لعلوم التنزيل — محمد بن جزى الكلبى .
٩ — تفسير النيسابورى .
١٠ — روح المعانى للآلوسى .
١١ — أسباب النزول للواحدى .
١٢ — كنز العرفان .
١٣ — تفسير ابن العربى .
١٤ — تفسير الطبرى .

الحديث وعلوم السنة :

١ — الأنوار السنية فى الألفاظ السنية لابن جزى مخطوط بدار الكتب — الديباج .

٢ — الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى - التقريب للنووى - البيقونية .

٣ — سنن أبي داود . ط الأولى .

٤ — سنن ابن ماجه . ط الأولى .

٥ — سنن الترمذى . ط الحلبي .

٦ — سنن الدار قطني . ط القاهرة .

٧ — سنن النسائي . ط الأولى .

٨ — سبل السلام .

٩ — شرح صحيح مسلم للامام أبي زكريا يحى بن شرف النووى .

١٠ — شرح معانى الآثار للطحاوى ، ط القاهرة .

١١ — صحيح البخارى ، ط الشعب .

١٢ — صحيح مسلم ، ط الشعب .

١٣ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، ط المطبعة الأميرية والشعب .

١٤ — مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى ، ط اليمانية - المستدرك للحاكم .

١٥ — الموطأ للامام مالك بن أنس ، ط الشعب .

١٦ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكانى ، ط الأخيرة .

١٧ — مصطلح الحديث ورجاله - للدكتور محمد اسماعيل أبو الريش .

« كتب الفقه والأصول » :

١ — الأحكام فى أصول الأحكام الآمدى ، ط الحلبي .

٢ — الأحكام السلطانية للماوردى ، ط الحلبي .

٣ — الاختيار لتعليل المختار ، ط القاهرة .

٤ — الاشباه والنظائر للسيوطي ، ط الحلبي .

٥ ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى .

٦ ـ الأم للامام الشافعى ـ ط بولاق ـ الطرق الحكمية لابن القيم .

٧ ـ أسهل المدارك ، احياء علوم الدين ـ التمهيد للاسنوى .

٨ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ـ بدائع الصنائع .

٩ ـ تيسير التحرير للكمال بن الهمام .

١٠ ـ تخريج الفروع على الأصول للزنجانى .

١١ ـ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، ط الأولى .

١٢ ـ التلويح على التوضيح لسعد الدين

١٣ ـ حاشية ابن عابدين ، ط الحلبى ـ حاشية الشرقاوى .

١٤ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير محمد بن عرفة الدسوقى .

١٥ ـ حاشية أحمد شلبى على تبيين الحقائق للزيلعى ١٦ ـ زاد المعاد لابن القيم .

١٦ ـ شرح موطأ مالك ـ المنتقى شرح الموطأ .

١٧ ـ العناية على الهداية .

١٨ ـ الفتح القدير للكمال بن الهمام ـ ١٩ ـ الفتاوى الكبرى لابن تيمية .

١٩ ـ الفواكه الدوانى .

٢٠ ـ قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى .

٢١ ـ كشف الأسرار على أصول البزدوى .

٢٢ ـ كفاية الاخيار .

٢٣ ـ مغنى المحتاج فى شرح ألفاظ المنهاج للخطيب الشربينى .

٢٤ ـ مجمع الأنهر ـ كشف الحقائق .

٢٥ ـ المجموع للنووى .

٢٦ ـ الموافقات للشاطبى .

٢٧ — المحلى لابن حزم على بن أحمد الأندلسى .
٢٨ — المغنى لابن قدامة .
٢٩ — مغنى الحنابلة .
٣٠ — نظرية العقد للشيخ محمد شعبان .
٣١ — نظرية العقد للدكتور السنهورى .
٣٢ — أصول الالتزامات للدكتور مختار القاضى .
٣٣ — الكافى للشيعة .
٣٤ — بحوث التشريع الاسلامى للمرحوم الشيخ محمد مصطفى المراغى .
٣٥ — تاريخ قضاة الاسلام .
٣٦ — أقضية الرسول للقرطبى .

اللغة والنحو والأدب :

١ — خزانة الأدب .
٢ — كتاب سيبويه .
٣ — القاموس المحيط .
٤ — المصباح المنير .
٥ — مختار الصحاح .

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
الباب الثانى	

الموضوع	الصفحة

الباب الرابع

الموضوع	الصفحة

الباب الخامس

